

RDUS

RDUS

# Revue de DROIT

## UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

### Volume 30 – Numéro 1

**Année :** 1999-2000

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/12359>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/12359>

*Page vide laissée intentionnellement.*

<b>FIGURE ACTUELLE DU JUGE DANS LA CITÉ.....</b>	<b>1</b>
Par Yves-Marie MORISSETTE	
<b>SYNERGIE DES FONDEMENTS HISTORIQUES INTERNATIONAUX ET NATIONAUX DE L'INSTAURATION DES TRIBUNAUX DU TRAVAIL .....</b>	<b>33</b>
Par Jean-Luc DUFOUR	
<b>LE DÉSÉQUILIBRE DES FORCES ENTRE LA DÉFENSE ET LA POURSUITE EN MATIÈRE DE RESSOURCES SCIENTIFIQUES .....</b>	<b>157</b>
Par Robert POIRIER	
<b>Commentaires</b>	
<b>L'AVANCE ET LE DÉCOUVERT DE BANQUE EN COMPTE COURANT.....</b>	<b>183</b>
Par Marc DUVAL	
<b>C'EST UNE RÉVOLTE. - NON, SIRE. C'EST UNE RÉVOLUTION .....</b>	<b>205</b>
Par Richard OUELLET	
<b>Chronique : Note bibliographique</b>	
<b>INITIATION À L'ÉTHIQUE SOCIALE.....</b>	<b>225</b>
Par Claude FERRON	

*Page vide laissée intentionnellement.*

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** FIGURE ACTUELLE DU JUGE DANS LA CITÉ

**Auteur(s) :** Yves-Marie MORISSETTE

**Revue :** *RDUS*, 1999-2000, volume 30, numéro 1

**Pages :** 1-31

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/12353>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/12353>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## FIGURE ACTUELLE DU JUGE DANS LA CITÉ

par Yves-Marie MORISSETTE\*

L'Association canadienne des professeurs de droit et l'Association canadienne droit et société ont choisi pour thème de la première rencontre de ce congrès *Judges and the Public Space*, expression qu'on a traduite par «Le rôle de la magistrature au sein de la société». Ce thème de discussion est tellement vaste, et tellement vague, qu'on pourrait l'aborder de toutes sortes de façons : la légitimité du juge, la transformation et, disent certains de nos jours, la politisation de la fonction judiciaire, la perception de la justice par le public, les rapports entre les tribunaux et les médias, etc.... etc.... En somme, on pourrait parler de tout et de rien sans jamais sortir du sujet. Afin d'éviter cela, il faut d'abord tenter de circonscrire ce thème.

Certains participants se pencheront plus spécifiquement sur ce que nous apprennent à ce sujet les *Principes de déontologie judiciaire* récemment publiés par le Conseil canadien de la magistrature.<sup>1</sup> J'ai moi aussi quelques observations à livrer sur les *Principes* en question, mais je ne veux pas en faire le principal objet de mon intervention. Je vais plutôt tenter de faire deux choses : (I) dégrossir et analyser ce thème à la lumière de quelques distinctions qui me semblent pertinentes pour comprendre la situation du juge ici aujourd'hui, et (II) de façon plus spéculative, évoquer les raisons pour lesquelles le rôle du juge au Canada se transforme, et pourquoi ce rôle, dans ce qu'il a de plus essentiel, continue d'être peu ou mal compris. Je ne suis pas convaincu, d'ailleurs, qu'il soit souhaitable de remédier à cette relative incompréhension, car on peut se demander au sujet du juge, comme on a pu se le demander autrefois au sujet d'autres figures symboliques de la vie en société, s'il est vraiment opportun de semer le doute dans l'esprit des fidèles.

---

\*. De la Faculté de droit et de l'Institut de droit comparé de l'Université McGill. Tout en assumant l'entière responsabilité du texte livré ici, l'auteur tient à remercier amicalement son collègue le P<sup>r</sup> Richard Janda pour les suggestions et commentaires lucides qu'il lui a faits. Ce texte est une version légèrement remaniée de la conférence prononcée le 6 juin 1999 à Sherbrooke.

1. Conseil canadien de la magistrature, *Principes de déontologie judiciaire* Ottawa, 1998.

- I -

Mais commençons par explorer le contour du sujet avec quelques questions et distinctions simples. Je suppose, tout au long de cet exposé, que la société qui nous intéresse est celle que dessert le système de droit canadien, mais je me permettrai ici et là quelques comparaisons avec l'extérieur.

**Première question : de quels juges s'agit-il au juste?** De juges de première instance ou de juges d'appel, de juges à temps partiel, comme la plupart des juges de cours municipales ou de juges de carrière qui donnent tout leur temps à leurs fonctions, de juges du droit commun, interprètes dans la plupart des cas (du moins *théoriquement*) de l'intention du législateur, ou de juges constitutionnels, pour qui (*théoriquement*) l'intention du constituant a préséance presque tous les jours sur celle du législateur. Je sais que ces catégories sont imparfaites et se recoupent. Il n'y a pas ici, comme en Allemagne, en France ou en Autriche, un tribunal dont la fonction exclusive est de trancher les litiges constitutionnels, mais la Cour suprême du Canada, comparativement parlant, passe plus de temps que tous les autres tribunaux canadiens sur les questions de cet ordre. À l'opposé, la notion même de «tribunal de première instance» prête à interprétation : ainsi les cours supérieures deviennent en quelque sorte des tribunaux d'appel sur le droit lorsqu'elles exercent leur compétence dans le champ étendu et important du contentieux administratif.

Néanmoins, ces distinctions me paraissent nécessaires, car le pouvoir judiciaire n'est pas un monolithe compact et tous les juges ne participent pas avec une égale assiduité à l'entreprise d'édification normative dans la société. Certains, principalement les juges de première instance, passent une partie importante de leur temps à la mise en oeuvre de normes plutôt claires et plutôt stables dans des cas particuliers (ils appartiennent à un appareil de sanction du droit et, selon la distinction classique de H.L.A. Hart,<sup>2</sup> vivent près du noyau dur

---

2. Il s'agit, évidemment, de la distinction qui ressort d'un pan du célèbre débat entre H.L.A. Hart et Lon Fuller : voir H.L.A. Hart, «Positivism and the Separation of Law and Morals» (1958), 71 Harv. L. Rev. 593 aux pp. 606-615, et Lon Fuller, «Positivism and Fidelity to Law — A Reply to Professor Hart» (1958), 71 Harv. L. Rev. 630 aux pp. 661-669. Il est hors de question d'entrer ici dans ce débat et de considérer la thèse de Hart, développée plus



— *the core* — du droit); d'autres, principalement les juges des juridictions d'appel, interviennent là où le droit est indéterminé (ils appartiennent à un appareil de création ou d'invention du droit et vivent dans le halo — *the penumbra* — du droit). On peut avancer de façon générale que la distinction entre le sommet et la base de la hiérarchie judiciaire correspond à cette répartition des fonctions et qu'elle a une réelle pertinence ici.

Je ne veux pas laisser entendre par là que les juges de première instance sont nécessairement et complètement absents de l'espace public : il est évident que ce n'est pas le cas. Certains procès à grand retentissement font les manchettes et occupent l'attention du public pendant des semaines : le procès de Paul Bernardo en est un exemple. En outre, certaines décisions de première instance qui passeraient normalement inaperçues ont parfois pour effet de propulser leurs auteurs sur la place publique, à la première page des journaux : je pense ici aux déboires des juges Raymonde Verreault ou Monique Dubreuil au Québec.<sup>3</sup> La plupart du temps, cependant, ces incidents, et même les cas très controversés qui appellent des sanctions contre le juge, comme celui des juges Jean Bienvenue, René Crochetière ou Denys Dionne, sont sans conséquence durable. Du point de vue du corps constitué qu'est la magistrature, ce sont des aberrations qui, une fois identifiées comme telles, illustrent quel genre de conduite est inacceptable aujourd'hui. Du point de vue de la société en général, ce sont des faits divers qui s'estompent dans le bruit de fond permanent sur la justice et l'activité des tribunaux.

Dans les dossiers les plus importants, ceux dont on peut dire, pour user d'une expression éculée, qu'ils comportent des «enjeux de société», il est rare

---

avant dans *The Concept of Law* 2<sup>e</sup> éd., Oxford, Clarendon Press, 1961 à la p. 127 et s. Je me contenterai de dire pour la compréhension de ce qui suit que, sur le problème de l'indétermination en droit, je me range du côté de Hart, tout en acceptant que sa thèse n'explique pas tout.

3. L'une et l'autre, en 1994 et en 1998 respectivement, ont été exonérées par le Conseil de la magistrature. Ces deux cas font partie du sous-ensemble croissant des affaires où l'on porte devant un conseil de la magistrature, ou un autre organisme semblable, des situations qui devraient relever des tribunaux d'appel. On voit donc de manière insinuante se répandre l'idée saugrenue que le juge qui aurait *erré en droit*, selon l'euphémisme usuel, aurait aussi *fauté professionnellement*. Fâcheuse baliverne. Pourquoi aussi ne pas tenir les juges civilement responsables des *erreurs* pourtant extrêmement coûteuses qu'ils commettent chaque fois qu'une cour d'appel leur donne tort?

qu'un juge de première instance soit l'objet d'une controverse publique prolongée. Et c'est tant mieux. La raison en est simple : si la question en cause revêt véritablement ce genre d'importance, elle fera son chemin jusqu'aux tribunaux d'appel. Il y a, bien sûr, des exceptions. Je pense ici à un cas récent : celui du juge John Reilly de la Cour provinciale d'Alberta entré en conflit avec le juge en chef et le juge en chef adjoint de sa juridiction sur une question de principe relative au traitement des justiciables autochtones.<sup>4</sup> À ma connaissance, de tels exemples sont très inhabituels.

En fin de compte, je continue de croire que, comme je l'ai déjà écrit en 1994,<sup>5</sup> lorsque l'on considère l'appareil judiciaire dans son ensemble, il y a un parallèle à faire avec l'exécutif : la notoriété du cabinet et l'anonymat de la fonction publique se retrouvent aussi dans la magistrature.

La publicité intense qui entoure désormais les nominations à la Cour suprême du Canada, et qui dépasse tout ce que l'on a connu au niveau des cours d'appel, en est un indice. Cela explique aussi les multiples références à ce tribunal dans la grande presse, références désormais presque quasi-quotidiennes entre septembre et juin. Il se peut que ce phénomène ait un effet d'entraînement. Ainsi, le journaliste Gordon Gibson commençait en ces termes dans les pages éditoriales du *Globe and Mail* un article récent qui pourtant était entièrement consacré à la Cour suprême :

«Nowadays there is more newsworthy action year-round in the courts than in the federal and provincial legislatures taken together. That does not mean, alas, that governments have stopped interfering with our lives. It means the courts are busier than ever making decisions on public policy.»<sup>6</sup>

- 
4. Les circonstances de cette affaire sont relatées en détail dans le jugement *Reilly c. Alberta (Provincial Court, Chief Judge)* [1999] A.J. n° 464, en ligne : QL (WWR).
  5. Voir Y.-M. Morissette, «Le processus de nomination des juges en regard de leur "immense pouvoir politique"» (1994), 25 R.G.D. 307 à la p. 309, note 13.
  6. G. Gibson, «What the Supreme Court has to say about it», *Globe and Mail*, (1<sup>er</sup> juin 1999) A-15.

**Deuxième question : le juge, oui, mais en quelle qualité?** En sa qualité de serviteur du droit, de dispensateur de la justice, ou en sa qualité de sujet de droit? En sa qualité d'arbitre du débat ou de partie au débat? En tant que présence passive ou active dans la société?

Cette question est peut-être moins évidente que la première, mais elle acquiert depuis quelque temps de plus en plus de pertinence. Elle me paraît un autre révélateur de la transformation qu'a subi la magistrature au cours des vingt dernières années.

Il n'y a pas si longtemps, la personne du juge s'effaçait entièrement ou presque derrière son rôle : en accédant à la magistrature, le juge quittait en quelque sorte le champ de bataille des droits pour monter sur les hauteurs. La transformation était irréversible. On raconte par exemple que lorsque F.E. Smith fut promu directement, à l'âge de 46 ans, au plus haut échelon de la magistrature britannique, il le fit avec une certaine mélancolie, et non sans inquiétude, car il renonçait une fois pour toutes à une carrière étincelante de *barrister*.<sup>7</sup> De nos jours, le retour à la pratique après la magistrature est chose courante.<sup>8</sup> On peut bien sûr se gausser de ces choses-là, surtout lorsque l'on a une foi inébranlable dans le progrès et que l'on croit dur comme fer que l'écoulement du temps est le synonyme exact et linéaire de l'avancement de la condition humaine. Pour ma part, je crois que ces attitudes aujourd'hui désuètes des juges anglais étaient empreintes d'une réelle noblesse. L'accession à la magistrature, et au redoutable pouvoir de juger ses semblables, ne se concevait pas sans un renoncement aux choses de ce monde. Ce n'est plus autant le cas aujourd'hui.

- 
7. Voir R.F.V. Heuston, *Lives of the Lord Chancellors 1885-1940*, Oxford, Clarendon Press, 1964 à la p. 381 : «It cut him off from the prospect of further political advancement and also from the chance of returning to the Bar. It, also perhaps more seriously, curtailed his income by a considerable degree.» Voir aussi F.W.F. Smith, *The life of F.E. Smith, first Earl of Birkenhead*, London, Eyre & Spottiswoode, 1960 à la p. 380 : «Acceptance of the Woolsack meant that F.E. Smith could never resume his practice at the Bar. If and when the Coalition Ministry came to an end, and he had to retire from his office, he must be content with a Lord Chancellor's pension and with the duty that devolves upon an ex-Lord Chancellor of assisting in the judicial work of the House of Lords.»
8. Bien entendu, il faut tenir compte du fait que, sauf pour le Lord Chancellor dans cette fonction, les juges des juridictions supérieures étaient nommés à vie. Il existe encore aujourd'hui au Canada des restrictions légales sur le droit de pratique des anciens juges; elles sont mentionnées par le juge Sopinka dans le texte cité plus loin, *infra* note 18 à la p. 173.

Surtout, le juge n'est plus absent du droit en tant que sujet de droit. Lui aussi a des droits, et il les revendique, ce qui est un phénomène assez nouveau. Avant les années '90, le droit canadien ne porte presque aucune trace du juge en tant que détenteur de droits. Dans les rares cas<sup>9</sup> où un juge se manifestait de la sorte, ses interventions passaient à peu près inaperçues en raison de leur caractère essentiellement technique et relatif à l'administration de la justice : elles n'intéressaient que les juristes (voire certains d'entre eux seulement) et il était moins question des droits du juge que des attributs s'attachant à l'indépendance judiciaire.<sup>10</sup> Le cas considérablement plus controversé du juge Thomas Berger ne fait pas exception à la règle : à mon sens, il la confirme. Les circonstances de cette affaire sont connues.<sup>11</sup> On peut en retenir que, même si le juge Berger a choisi de démissionner après avoir essuyé une réprimande, il n'a pas tenté de justifier sa conduite revendiquant son droit à la liberté d'expression en tant que citoyen.<sup>12</sup>

L'idée, cependant, que le juge puisse invoquer un droit de parole, ou un droit à la liberté d'expression, progresse au Canada. Ici encore, il y a une convergence apparente avec le droit américain. La ressemblance n'est toutefois que partielle : n'oublions pas que (1) la grande majorité des juges des états américains sont élus ou doivent sporadiquement se soumettre à un processus électoral après avoir été nommés<sup>13</sup> (je ne parle pas ici des juges de nomination

---

9. Je pense ici à des affaires comme *R. c. Beaugard*, [1986] 2 R.C.S. 56 ou *Landreville c. R.*, [1977] 1 C.F. 419, *Landreville c. R. (No. 2)*, [1977] 2 C.F. 726 et *Landreville c. R. (No. 3)*, [1981] 1 C.F. 15.

10. Un exemple récent et beaucoup plus ambitieux de ce genre de raisonnement : le *Renvoi sur la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3.

11. Elle sont notamment passées en revue par Jeremy Webber. J. Webber, «The Limits to Judges' Free Speech : A Comment on the Report of the Committee of Investigation into the Conduct of the Hon. Mr Justice Berger» (1983-1984), 29 McGill L.J. 369.

12. Les documents pertinents sont reproduits en annexe au rapport publiés «Report and Record of the Committee of Investigation into the Conduct of the Hon. Mr Justice Berger and Resolution of the Canadian Judicial Council» (1983), 28 McGill L.J. 378. Notons que, selon le juge Berger, trois exemples de conduite comparable à la sienne, par le juge Thorson, le juge en chef Freedman et Lord Denning, démontraient que son cas n'était pas sans précédent. *Ibid.* à la p. 404.

13. Voir sur cette question S. P. Croley, «The Majoritarian Difficulty : Elective Judiciaries and the Rule of Law» (1995), 62 U. Chi. L. Rev. 689 aux pp. 725-726.

fédérale), (2) les juges de nomination fédérale doivent tous se soumettre au processus des *confirmatory hearings*, qui n'est pas également éprouvant pour tous, mais qui l'est parfois singulièrement, comme ce fut le cas du juge Clarence Thomas,<sup>14</sup> et (3) bien entendu, il y a en droit américain une culture très vivace de la liberté d'expression, fondée sur le I<sup>er</sup> Amendement. Là plus qu'ailleurs, par conséquent, les juges ont besoin d'avoir les coudées franches lorsqu'ils s'expriment en public. Et ils ont les moyens juridiques de s'en assurer. Aussi la question n'est-elle pas nouvelle aux États-Unis, où elle a souvent été débattue devant les tribunaux.<sup>15</sup>

Au Canada, le débat a été lancé sous cet angle (c'est-à-dire celui du droit individuel du juge à la liberté d'expression) en 1995, dans le sillage de l'affaire *Angers*. Je rappelle qu'à cette occasion un comité du Conseil canadien de la magistrature avait sévèrement critiqué<sup>16</sup> un juge de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick parce qu'il avait adressé au premier ministre du Canada et aux

- 
14. C'est ce qui fait dire au sociologue américain Seymour Lipset, spécialiste des comparaisons entre le Canada et les États-Unis, «[...] the American system now makes the number one criterion for a Supreme Court nomination, confirmability. A recent chief justice told me he had spent 15 minutes with the president who appointed him and had never met him before. It is now almost impossible for strong conservatives or liberals to get confirmed.» S. Lipset, «Parliamentary Review of Supreme Court Appointments Questioned», 1998, en ligne : *Fraser Forum Online, Reader Response*, <[http://www.fraserinstitute.ca/publications/forum/1998/may/your\\_turn.html](http://www.fraserinstitute.ca/publications/forum/1998/may/your_turn.html)> (date d'accès 25 novembre 1999). Pour un exemple assez frappant de *judicial free speech*, où un juge s'en prend à un autre d'une manière qualifiée ailleurs de *patronizing* et *insulting* (voir J. C. Kelso, «Time, Place, and Manner Restrictions on Extrajudicial Speech by Judges» (1995), 28 Loy. L.A. L. Rev. 851 à la p. 867), consulter A. L. Higginbotham, «An Open Letter to Justice Clarence Thomas from a Federal Judicial Colleague» (1992), 140 U. Pa. L. Rev. aux pp. 1005-1028.
  15. On cite fréquemment à ce sujet l'article de T. D'Alemberte, «Searching for the Limits of Judicial Free Speech» (1987), 61 Tul. L. Rev. 611, mais voir aussi le numéro spécial «Symposium : The Sound of the Gavel : Perspectives on Judicial Speech» (1995), 28 Loy. L.A. L. Rev. à la p. 795 et s. Dans la plupart des états américains, on trouve des dispositions relatives à cette forme d'expression dans les *Codes of Judicial Conduct*; cela suscite inévitablement des questions au regard du I<sup>er</sup> Amendement. Voir E. Chemerinsky, «Is it the Siren Call? Judges and Free Speech While Cases are Pending», Loy. L.A. Rev. 831, à la p. 840, où est considérée l'affaire *Scott v. Flowers*, 910 F.2d 201 (5th Cir. 1990), et voir enfin R. O'Neil, «Assaults on the Judiciary» (1998), 34-SEP *Trial* 54, pour un point de vue franchement hostile aux restrictions à la liberté d'expression.
  16. «We strongly disapprove your conduct...», conclut le rapport, reproduit *in extenso* avec la lettre litigieuse dans la revue citée *infra*, note 17 à la p. 183 et s.

membres du Parlement une lettre ouverte contestant vigoureusement la politique du gouvernement canadien sur le contrôle des armes à feu. De cette passe d'armes, si l'on peut dire, est sorti un colloque universitaire dont les travaux furent publiés dans la *Revue de droit de l'Université du Nouveau-Brunswick*.<sup>17</sup> On y trouve entre autres, sur la question de la liberté d'expression judiciaire, des communications de spécialistes des questions d'administration de la justice (Peter Russell<sup>18</sup> et Beverley Smith<sup>19</sup>) ainsi que des textes du juge John Sopinka<sup>20</sup> et du professeur Jacob Ziegel.<sup>21</sup>

Quelques mois après l'affaire Angers, la Cour suprême rendait jugement dans le dossier *Ruffo c. Conseil de la magistrature*,<sup>22</sup> où l'appelante avait plaidé l'inconstitutionnalité de l'article 8 du *Code de déontologie de la magistrature* du Québec<sup>23</sup> pour violation de l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le jugement majoritaire de la Cour, rédigé par le juge Gonthier et qui porte principalement sur des considérations d'impartialité institutionnelle relatives au Conseil de la magistrature du Québec, conclut (1) que l'article 8, lequel restreint la liberté d'expression, n'est pas inconstitutionnel pour cause d'imprécision, mais (2) qu'il est prématuré de trancher la question de savoir si

---

17. «Judicial Free Speech : Forum» (1996), 45 R.D.U.N.-B. aux pp. 77-189.

18. «Judicial Free Speech : Justifiable Limits», *ibid.* à la p. 155.

19. «Judicial Free Speech in Canada», *ibid.* à la p.161. On constate par les sources qu'utilise l'auteur que la question est nouvelle en droit canadien.

20. «Must a Judge be a Monk — Revisited», *ibid.* à la p. 167. Il s'agit d'une version substantiellement remaniée d'un discours prononcé en 1989 devant l'Association du Barreau canadien. Le juge Sopinka fait état de quatre plaintes reçues par le Conseil canadien de la magistrature pour des prises de position publiques par des juges. Aucune n'a mené à une destitution. Deux ont engendré une réprimande (les juges Berger et Angers), deux ont été jugées sans fondement (les juges B. Wilson et McLachlin).

21. «Judicial Free Speech and Judicial Accountability : Striking the Right Balance», *ibid.* à la p. 175.

22. *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267 [ci-après *Ruffo*].

23. 114 G.O.Q.1982.II.1648. L'article en question se lit : «Dans son comportement public le juge doit faire preuve de réserve, de courtoisie et de sérénité.» Je note que dans l'article précité, *supra* note 16 à la p. 159, le professeur Russell émet des doutes sur l'opportunité d'une telle disposition, du moins en ce qui concerne la réserve et la sérénité. Je reviendrai sur ce point mais je signale en passant que nous avons probablement ici un exemple des méfaits d'une traduction approximative : *reserve* en anglais (terme utilisé dans la version anglaise du *Code*) n'a pas la connotation que «devoir de réserve» a immédiatement en français.

ce même article contrevient à l'alinéa 2b) de la *Charte*.<sup>24</sup> Dans l'ordre du droit positif, donc, la question des limites permises à la liberté d'expression du juge canadien demeure ouverte, ou en tout cas pas complètement tranchée.

Il en résulte pour le juge canadien un *modus vivendi* : il doit s'abstenir de prendre publiquement position sur une question politiquement controversée, et la rigueur de cette obligation de réserve augmente en fonction du risque que la question donne naissance à un litige dont le juge pourrait être saisi.<sup>25</sup> Il a cependant le droit de prendre publiquement position, de manière non partisane et avec mesure, sur des questions relatives à l'administration de la justice, y compris des questions juridiques d'intérêt général. La tendance est vers l'ouverture<sup>26</sup> et ces restrictions, moins strictes qu'autrefois, s'apparentent à ce que l'on connaît aux États-Unis. À mon sens, l'effet de cette plus grande

- 
24. *Infra*, En réponse à la question «l'article 8 [...] est-il contraire à l'al. 2b) [...] ?», la Cour répond, dans le dispositif du jugement : «Il est prématuré [...] de se prononcer à ce stade sur la question telle que formulée. Cependant, le devoir de réserve n'est pas jugé inconstitutionnel pour cause d'imprécision.» (par. 113 du jugement). Il faut donc supposer que cet article 8 constitue une «règle de droit» au sens de l'article 1 de la *Charte*, mais pas nécessairement une limite raisonnable dont la justification est démontrable, nuance qui ressort clairement du jugement dissident du juge Sopinka, d'accord avec son collègue sur ce point (par. 115 du jugement).
  25. Un passage de la lettre adressée au juge Angers par le comité d'enquête du Conseil canadien de la magistrature est révélateur à cet égard : «We pause to say, that unlike Mr. Justice Berger, who was commenting on matters of high constitutional importance that would rarely come before him as a judge, yours is a highly partisan attack upon a proposal which, if carried forward into legislation, could well come frequently before you for interpretation or enforcement.» *Supra* note 17 à la p. 187.
  26. Il semble bien que les opinions hardies exprimées il y a près de vingt ans par le politologue Léon Dion dans un discours destiné aux membres de l'Association canadienne des juges de cours provinciales («Plus de démocratie pour les juges» (1981), 41 R. du B. 199) soient beaucoup plus près aujourd'hui de la pensée dominante véhiculée par le droit positif : voir par exemple les observations sur les juges dans la récente décision *Ruffo c. Québec (Ministre de la Justice)*, [1998] R.J.Q. 254 (C.S.). Le juge en chef Laskin, dont l'attitude générale n'était pourtant pas inamicale envers les droits individuels et les libertés civiles, voyait les choses de manière plus traditionnelle : «[a] judge has no freedom of speech to address political issues which have nothing to do with his judicial duties. His abstention from political involvement is one of the guarantees of his impartiality, his integrity, his independence...» («Berger and Free Speech of the Judge» allocution pour l'Association du Barreau canadien le 2 septembre 1982, citée dans W. MacKay, «Judicial Free Speech and Accountability : Should Judges Be Seen but Not Heard?» (1993), 3 N.J.C.L. 159 à la p. 213. «His indeed» diraient sans doute certain(e)s de nos jours.

ouverture est le suivant : les propos qui dénotent un manque d'impartialité apparent continueront d'être sanctionnés par les moyens de droit habituels (demande de récusation et, à la limite, sanctions disciplinaires), mais rien n'empêchera plus un juge qui manque de jugement de faire publiquement étalage de cette lacune, il faut bien le dire, assez préoccupante chez un juge. Nous en sommes déjà là, à mon avis : c'est la question que pose, péniblement et interminablement, l'affaire *Ruffo*.

Concédonc que le juge soit, comme tout le monde, un sujet de droit. Son statut lui impose cependant, au risque de le discréditer et même de jeter le discrédit sur ses collègues, qu'il se montre plus responsable que d'autres dans l'exercice de ses droits. C'est, je crois, l'idée qui sourd dans un article récent du journaliste Yves Boisvert sur le déroulement de l'affaire *Flahiff*, article qu'il a intitulé plaisamment *Le niaisage déontologique*.<sup>27</sup>

**Troisième question : y a-t-il un espace privé pour le juge comme pour ses concitoyens?** Les juges sont aussi des êtres humains. En tant que spécimen anthropologique, le juge a une vie privée, il peut collectionner les armes à feu et priser la chasse, divorcer, faire faillite, souffrir d'une dépression nerveuse, être atteint d'une toxicomanie, avoir pendant qu'il est juge, avant de le devenir ou après l'avoir été, des comportements qui le contraindront à démissionner (comme le juge *Flahiff*, qui à cet égard est sur le même pied que ses concitoyens), dont la dissimulation provoqueront sa destitution (comme le juge *Therrien* qui, à cet égard, n'est pas sur le même pied que ses concitoyens) ou qui lui vaudront d'être jugé plus sévèrement que ses concitoyens même après avoir quitté la magistrature.<sup>28</sup> Il y a des indiscretions et des incartades, parfois

---

27. *La Presse* (10 avril 1999) p. B-3.

28. Une dépêche de la Presse Canadienne en date du 10 mai 1995 relate ce qui suit : «Un ancien magistrat a été accusé hier de vol à l'étalage, recel et corruption de fonctionnaire. Âgé de 79 ans, l'ex-juge de la cour provinciale [...] aurait été pincé le 15 avril dernier au Marché Jimmy, une épicerie de Knowlton, en possession d'un filet de boeuf - un steak de 8\$ - qu'il aurait chipé. Or à l'agent de police venu l'interpeller formellement, l'ex-magistrat aurait offert de l'argent, question d'éviter les conséquences fâcheuses de son geste. Le policier ne s'est toutefois pas laissé soudoyer. Trouvé coupable d'un vol à l'étalage, le commun des mortels s'en tire habituellement avec une amende variant entre 100\$ et 200\$. L'accusation de recel n'est qu'accessoire. Cependant, la tentative de corruption d'un agent de la paix est un crime plus grave qui peut encourir une peine pouvant aller jusqu'à 14 ans de prison. Joint hier soir



assez inoffensives, qui, dans le cas d'un juge, ne pardonnent pas. Ainsi, on a vu il y a quelques années un juge démissionner en raison d'un incident assez triste survenu lorsque sa conjointe et lui avaient été arrêtés à un barrage routier.<sup>29</sup> Toute infraction commise par un juge, sauf peut-être les infractions routières les plus bénignes, risque d'être perçue comme un genre de forfaiture.

Certes, les juges ne sont pas les seuls dans cette situation. Je pense ici à l'épisode récent qui a provoqué la démission d'une présidente de centrale syndicale pour vol à l'étalage d'une paire de gants. Mais la vulnérabilité du juge est nettement plus grande que celle du commun des mortels, ou des «élites» en général : c'est un peu comme si sa fonction, qui consiste à juger autrui, lui imposait de se placer hors de portée du jugement d'autrui. On s'attend de sa part à un degré de discrétion, de décence et de mesure, dans sa vie privée comme dans sa vie publique, qui interdit la plupart des écarts de conduite ou qui, du moins, en rend nécessaire la dissimulation.<sup>30</sup> Le juge ne peut être humain en public que sous un jour positif. Les choses ont évolué pour le juge comme pour

---

à son domicile, et appelé à commenter l'affaire, M. [...] a paru estomaqué. En peu de mots, il a mentionné qu'il s'agit d'une simple erreur. "Je la regrette infiniment et je suis très humilié", a-t-il dit.» Le juge en question était retraité depuis 1987.

29. Voici la description qu'en donne une dépêche de la Presse Canadienne en date du 29 novembre 1996 : «Le juge [...] de la Cour supérieure a plaidé coupable à une accusation d'entrave au travail de policiers de la Sûreté du Québec (SQ) et, par la voie de son avocat, a fait savoir qu'il avait remis sa démission comme membre de la magistrature, hier, au palais de justice de Shawinigan, en Mauricie. Le juge Bernard Grenier, de la Cour du Québec du district de Montréal, a décidé de lui faire bénéficier d'une absolution conditionnelle [...]. En rappelant les événements ayant conduit le magistrat au banc des accusés, le procureur de la poursuite, Me Michel Breton, de Longueuil, a signalé que le 1er septembre dernier, à Baie-de-Shawinigan, le juge et son épouse, au volant du véhicule dans lequel ils voyageaient, s'étaient retrouvés à un barrage routier. Les policiers de la SQ, constatant l'odeur d'alcool se dégageant du véhicule, avaient soumis Mme [...] à un test d'alcoolémie. Le juge [...], "visiblement en état d'ébriété très avancée", selon les policiers, était intervenu, disant à son épouse de ne pas souffler dans l'appareil. Il avait ensuite laissé entendre aux policiers qu'entre gens du milieu de la justice, il fallait se protéger. Alors que l'on emmenait son épouse au poste de la SQ, pour y souffler dans un alcootest, le juge avait supplié à genoux les agents.»

30. On peut rappeler ici à titre d'exemple les habitudes de consommation d'alcool de Lyman Poore Duff (très certainement l'un des plus éminents juristes de l'histoire du Canada ainsi qu'un juge en chef respecté) dont son biographe fait état avec tact : voir D. R. Williams, *Duff : a life in the law*, Vancouver; University of British Columbia Press, en association avec Osgoode Society, 1984 (consulter l'index sous Duff, L.P., alcoholism).

tout le monde, de sorte que, par exemple, un problème comme l'alcoolisme n'est plus aujourd'hui, autant qu'il l'était autrefois, une circonstance à taire ou à enfouir. Il existe maintenant pour la magistrature des programmes de soutien destinés à résoudre les difficultés de cet ordre et qui, avec un peu de bonne volonté, peuvent prendre le relais des pressions exercées sur la personne du juge par ses collègues. Le juge demeure néanmoins dans une catégorie à part et il peut souffrir plus que d'autres de la divulgation d'un renseignement de ce genre : étant donné la nature de sa fonction, le public réagirait-il dans son cas à la révélation d'une dépendance à l'alcool avec la même générosité dont il fit montre, par exemple, dans le cas de Mme Betty Ford, épouse de l'ancien président des États-Unis? Probablement pas. Il n'est pas déraisonnable de considérer la sobriété comme une préalable à l'exercice éclairé du jugement.

Il y a là un fait de société commun à la plupart, sinon à la totalité, des pays dotés d'un système de droit anglo-saxon. Cela tient à la place prééminente du juge dans cette culture politique. Offrons un contraste : peut-on imaginer un seul instant que les médias, la classe politique ou le public du Canada toléreraient de la part du juge en chef de la Cour suprême le genre de comportement qui, en France, a été toléré pendant plus d'un an et demi par le vis-à-vis fonctionnel du juge Lamer, M. Roland Dumas, président du Conseil constitutionnel français?<sup>31</sup> Non.

---

31. Voir à ce sujet dans *Le Monde* du 6 mars 1999 l'article intitulé «La chronologie de l'affaire», en ligne : Le Monde édition électronique <<http://www.lemonde.fr/article/0,2320,4566,00.html>> (dernière modification : 6 mars 1999); voir aussi «Le conseil constitutionnel au péril de l'interim», <<http://www.lemonde.fr/article/0,2320,4596,00.html>> (dernière modification : 21 mai 1999). Les circonstances qui ont mené à la démission du juge Abe Fortas de la Cour suprême des États-Unis en 1969, et celles qui ont précédé la mort du juge Lionel Murphy de la High Court of Australia en 1987, confirment à mon sens plutôt qu'elles n'infirmement le jugement qui est porté ici.

## - II -

La plupart des éléments que j'ai avancés jusqu'ici sont assez banals et font depuis longtemps partie du domaine public. Je voudrais maintenant pousser la réflexion un peu plus loin en abordant deux aspects : comment et pourquoi la fonction du juge se transforme-t-elle aujourd'hui au Canada? Dans quelle mesure la nature intime de cette fonction est-elle comprise du grand public?

**Les Principes de déontologie judiciaire et le rapport entre le juge et la société.** Le rapport entre le juge et la société où il officie est symbiotique — ou interactif, dirait-on plutôt aujourd'hui. Juger à Bordeaux, à Téhéran ou à Hanoi, ce n'est décidément pas la même chose que juger à Sherbrooke ou à Moncton. Les universitaires québécois qui depuis quelques années participent à la formation de juges de la République populaire de Chine ou du Vietnam constatent rapidement que la compréhension du droit occidental présente généralement moins de difficulté pour ces magistrats que la compréhension du contexte social dans lequel le droit s'insère, de l'*a priori* collectif qui sert de toile de fond au droit.

La fonction du juge, et son image dans la cité, évoluent donc comme la société elle-même, et à peu près au même rythme qu'elle. Or, nous vivons actuellement au Canada une période où le concept d'égalité, et le programme égalitaire, sont envahissants. Si nous transplantions ici la devise de la République française, «Liberté, Égalité, Fraternité», nous pourrions avancer que l'époque de la liberté occupa la majeure partie des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècle,<sup>32</sup> que celle de l'égalité a commencé avec l'après-guerre, et que celle de la fraternité (ou de la solidarité, dirait-on plus volontiers aujourd'hui) est encore devant nous.

D'autre part, les systèmes de valeurs qui nous ont soutenus pendant un siècle après la Confédération, et parmi lesquels je rangerais la religion et le conformisme social de la société industrielle et pré-industrielle, ont considérablement perdu de leur emprise depuis vingt ans.

---

32. J'entends par là l'époque du libéralisme débridé. Bien entendu, on peut soutenir que cette forme de liberté au profit des uns (par ex., le capital) brimait les autres (par ex., le prolétariat).

Il s'ensuit plusieurs conséquences, comme par exemple la «demande d'éthique», un phénomène bien analysé par le sociologue Guy Rocher.<sup>33</sup> Je résume sa thèse sans, je l'espère, la déformer. On a vu au cours des deux ou trois dernières générations quatre facteurs lourds transformer les valeurs. D'abord, (I), la montée de la classe moyenne, avec un ensemble d'effets secondaires sur les valeurs. Par exemple, la quasi-disparition de la classe rurale ou l'hégémonie grandissante d'une mentalité individualiste (d'où les droits de la personne) et utilitariste (d'où le consumérisme envahissant et réducteur). Ensuite, (II), selon l'expression de Weber, le désenchantement du monde et de l'histoire : «...avec le progrès de la science et puis aujourd'hui de la technoscience, on a assisté à un recul et à un déclin des mythologies, des religions, des grandes certitudes, des fois et des valeurs antérieures. Dieu est mort scientifiquement...»<sup>34</sup> Puis, (III), la mutation des rapports sociaux, avec entre autres rééquilibres fondamentaux, celui des rapports entre les hommes et les femmes, et celui aussi des rapports entre ethnies, races et cultures différentes, qui aujourd'hui se côtoient partout dans les mêmes sociétés. «Cela fait surgir un nouveau thème éthique, dit Rocher, celui de la différence humaine.»<sup>35</sup> Enfin, (IV), la fragmentation des sphères de la vie et de la culture. Un exemple que nous connaissons bien en tant que juristes : le droit, dans la société contemporaine, «s'est progressivement autonomisé, il s'est détaché de la morale, détaché des religions, détaché du politique.» Cela est vrai du droit, cela est vrai aussi d'une quantité d'autres choses : par exemple, production et consommation se sont fragmentées dans les ménages, nous ne sommes plus à l'époque où une famille vivait de ce qu'elle produisait sur la ferme. Il en va de même pour le phénomène de la professionnalisation de l'éthique : l'éthique n'est plus diffuse et partagée par tous, mais elle devient explicite (on l'enseigne) et elle est confiée à des spécialistes (les comités d'éthique dans les hôpitaux où les centres de recherche, les comités de déontologie dans les professions, le Conseil de presse, les

---

33. Voir «Le défi éthique dans un contexte social et culturel en mutation» dans G. Rocher, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Thémis, 1996 dans pp. 305-317. Je reprends ici une argumentation déjà utilisée dans «Les fonctions respectives de la déontologie et de la justice naturelle dans la justice administrative», dans Y.-M. Morissette, *Développements récents en droit administratif et constitutionnel*, Cowansville, Service de la formation permanente du Barreau du Québec et Éditions Yvon Blais, 1999 à la p. 21 et s.

34. *Ibid.* à la p. 310.

35. *Ibid.* à la p. 312.

«éthiciens», etc.). Cela fait dire à Rocher, et ce sera mon dernier emprunt : «Plus on sent et craint le vide moral et plus on sent la demande de morale, plus on risque d'être entraîné dans des excès de régulation qui se prennent pour de la vertu et pour de la pureté morale.»<sup>36</sup> D'où la «demande d'éthique».

Ces facteurs conduisent à l'adoption de codes d'éthique dans toutes sortes de domaines. Les *Principes de déontologie judiciaire*,<sup>37</sup> au sujet desquels je ferai deux courtes séries de remarques, s'inscrivent dans ce mouvement.

1. Sur la forme, je crois que ce document est très réussi et qu'il a évité plusieurs écueils. Il se présente comme un énoncé de principes de nature exhortatoire,<sup>38</sup> accompagnés de commentaires qui parfois comprennent des questions laissées délibérément ouvertes. Des renvois à des sources externes, et en particulier jurisprudentielles, accentuent le caractère discursif et didactique de l'ensemble. Cette façon d'aborder les problèmes et les dilemmes déontologiques et éthiques me paraît, par son style, nettement préférable à un code de discipline. Entre autres avantages, elle permet d'échapper aux effets pervers de la maxime *expressio unius est exclusio alterius*, laquelle exprime une attitude devant les textes très répandue chez les juristes. Elle fournit un document considérablement plus riche par l'information qu'il contient que ne l'est, par exemple, un texte lapidaire comme le *Code de déontologie de la magistrature* en vigueur au Québec.<sup>39</sup> Dans sa présentation actuelle, qui est le

---

36. *Ibid.* à la p. 316.

37. *Supra* note 1.

38. Le juge Gonthier a très bien expliqué cette caractéristique de la déontologie dans l'arrêt *Ruffo*, *supra* note 22, para. 110, lorsqu'il a écrit : «La règle déontologique [...] se veut une ouverture vers la perfection. Elle est un appel à mieux faire, non par la sujétion à des sanctions diverses mais par l'observation de contraintes personnellement imposées. Une définition, par ailleurs, en déterminant des règles fixes, tend par là même à devenir un plafond, une autorisation implicite de poser les gestes qui ne se veulent pas prohibés. Ces deux notions, sans nul doute, s'avèrent difficiles à réconcilier. Voilà qui explique la généralité du devoir de réserve qui, en tant que norme déontologique, cherche davantage à prodiguer des conseils d'ensemble quant à la conduite que d'en illustrer le détail et les manifestations permises.»

39. *Supra* note 23. En revanche, cette autre façon d'aborder la déontologie semble avoir été motivée en partie par le souci légitime de ne pas trop peser sur le libre arbitre du juge et sur son indépendance. Dans cette optique, il revient au juge d'interpréter les injonctions générales du *Code* selon sa conscience, et on ne lui imposera pas les directives précises que l'on retrouve, par exemple, dans un code de déontologie policière (comme le *Règlement sur*

fruit de travaux prolongés, ce texte devrait donc alerter les intéressés sur les situations à risque, puis susciter et guider la discussion en vue d'une solution. Enfin, élément essentiel de l'ensemble, l'adoption des *Principes* coïncide avec la création d'un comité consultatif de la magistrature qui sera appelé à donner des avis sur des cas particuliers. La déontologie est effectivement une casuistique,<sup>40</sup> mot que j'emploie ici dans un sens dénué de toute nuance péjorative; il faut donc laisser place à la discussion entre gens informés, car il n'est pas réaliste de vouloir traiter d'éthique sur le ton à la fois tatillon et tranchant qu'adopte le législateur dans les lois fiscales. Bref, la seule modeste critique que j'exprimerais sur la forme des *Principes* concerne leur version française.<sup>41</sup>

2. Sur le fond, les *Principes* traitent longuement, comme c'était à prévoir dans un texte de ce genre destiné à des juges, de la question de l'impartialité et des conflits d'intérêt. Il n'est pas inutile de noter au passage que, guidé par ce document, Lord Hoffman n'aurait pas connu les déboires que l'on sait dans

---

la déontologie et la discipline des policiers de la Communauté urbaine de Montréal, R.R.Q. c. C-37.2r1). On ne peut nier que cet argument ait du poids. Il me semble pourtant que, lorsque le code en question s'insère dans un cadre disciplinaire, comme c'est le cas du *Code de déontologie de la magistrature* en vigueur au Québec, un style moins lapidaire présenterait l'avantage de régler par anticipation des débats peut-être inutiles; un code moins concis aurait peut-être permis d'éviter l'affaire *Ruffo*, *supra* note 22.

40. André Lalande, dans son *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 14e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1983, en donne la définition suivante : «Étude des cas de conscience, c'est-à-dire des problèmes de détail qui résultent de l'application des règles éthiques à chaque circonstances particulière. [...] Les casuistes ayant été, en général, des théologiens, le mot s'applique surtout à l'éthique dans ses rapports avec la religion. Il se prend souvent d'un sens péjoratif, parce qu'on reproche aux casuistes d'aboutir, par des subtilités de logique, à justifier n'importe quels actes.»

41. Le document donne l'impression générale d'avoir été publié en anglais et en *traduit*. Je définirais le *traduit* comme cette langue que l'on utilise beaucoup au Canada et qui consiste en du français ou de l'anglais, dont on a systématiquement expurgé tout indice du génie de la langue. D'emblée, traduire *ethics* par déontologie n'est pas entièrement satisfaisant, surtout lorsque le document a les finalités qu'on lui prête ici. Quelques mots d'explication auraient été appropriés, bien qu'utiles seulement en français, ce qui aurait contrevenu au triste dogme de la parfaite égalité des textes. Mais cette critique ne se veut pas le moindrement malveillante. Au rayon des documents officiels en *traduit*, on a vu cent fois pire — par exemple, le Code civil du Québec dans la version entrée en vigueur en 1994. Voir à ce sujet P. Legrand, «Codification and the politics of exclusion : a challenge for comparativists» (1998), 31 U. C. Davis L. Rev. 799, et notamment la note 12 à la p. 803.

l'affaire *Pinochet*.<sup>42</sup> Très actuel par son contenu, le document évoque, bien que ce soit parfois à mots couverts, des situations récentes et controversées qui ont pu nuire à la perception de la magistrature au sein du public. Ainsi, il met en garde contre la banalisation<sup>43</sup> «du principe de l'indépendance de la magistrature en l'invoquant abusivement, et systématiquement, pour s'opposer aux propositions de changement visant leur structures institutionnelles.»<sup>44</sup> Il exprime aussi des réserves sur la participation des juges à des commissions d'enquête, à moins qu'ils aient «soigneusement examin[é] leur mandat, ainsi que les facteurs en cause, tels que le temps et les ressources dont ils disposent.»<sup>45</sup>

Cela dit, en accord avec l'air du temps, le document se distingue des autres textes comparables (dont au premier chef les deux *Codes of Judicial Conduct* américains<sup>46</sup>) parce qu'il range l'égalité parmi les cinq principes fondamentaux de la déontologie judiciaire. Cette innovation coïncide avec les préoccupations politiques<sup>47</sup> de l'époque actuelle, mais l'on sent par endroits,

---

42. Voir *Re Pinochet Ugarte*, [1998] H.L.J. No. 41 et *Re Pinochet Ugarte*, [1998] H.L.J. No. 52. Le principe 6 (Impartialité) C.I.d) énonce : «Les juges évitent toute participation à des causes ou à des organisations susceptibles d'être impliquées dans un litige.»

43. *Trivializing*, dit l'anglais, ce qui paraît plus près de l'idée d'origine : on invoque le principe d'une manière qui le tourne en dérision.

44. On pense ici au différend entre le ministère de la Justice et les juges du Québec au sujet des tarifs de stationnement auxquels seraient assujettis ces derniers : voir *Bisson c. Québec (P. G.)*, [1992] R.J.Q. 1947 (C.S.) et [1993] R.J.Q. 2581 (C.S.), ainsi que les déclarations du juge Michaud, alors juge en chef adjoint de la Cour supérieure, à la journaliste Rollande Parent : «Se défendant de parler pour l'ensemble des juges, M. Michaud est toutefois prêt à reconnaître que la bataille menée par les juges pour éviter une hausse substantielle de leurs frais de stationnement, sous le couvert de l'indépendance judiciaire, a été une erreur stratégique. "Je crois qu'on a peut-être un peu banalisé un concept aussi important comme celui de l'indépendance judiciaire."» *Presse Canadienne*, le 24 août 1994.

45. On pense ici à la controverse autour de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie : voir *Dixon cv. Canada (Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia)* (1997), 146 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 156 (C.F.) et (1997), 149 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 269 (C.F.A.).

46. Le *American Bar Association Model Code of Judicial Conduct* de 1990 et le *American Bar Association Code of Judicial Conduct* de 1972. Dans les deux cas, le mot *equality* n'apparaît nulle part; dans les deux cas, la notion de discrimination n'est abordée que sous l'angle de l'appartenance à des associations ou regroupements pratiquant des formes répréhensibles d'exclusion.

47. Au sens de *public policy*.

notamment dans les commentaires sur la formation des juges<sup>48</sup> et sur leur obligation de se dissocier de certains comportements adoptés en leur présence,<sup>49</sup> les tensions qui résultent de cette inclusion. Une réflexion fondamentale doit d'ailleurs se poursuivre sur la possibilité qu'il y ait de loin en loin une incompatibilité entre, d'une part, le fait de juger et, d'autre part, les postulats, de plus en plus forts de nos jours dans l'espace public canadien, d'une idéologie égalitaire.<sup>50</sup> Contraint de ne jamais remettre en question ces postulats, le juge risquerait à l'occasion de ne pas pouvoir exercer librement le discernement qu'on attend de sa part, et qui est garant de l'idée de justice.<sup>51</sup> Des incidents

---

48. *Supra* note 37 à la p. 25 : «Compte tenu des exigences de l'indépendance et de l'impartialité, ce ne sont pas nécessairement tous les types de formation ou outils de formation qui pourront être employés à cette fin. Les juges ne doivent cependant pas être paralysés par de tels dangers. Il faut éviter que des préoccupations d'image exagérées ou non fondées ne minent les efforts déployés pour parfaire la formation des juges.»

49. *Ibid.*

50. Il est assez naturel qu'un jugement explicite et réprobateur sur la crédibilité d'une partie ou d'un témoin soit ressenti comme blessant par la personne visée, à moins que celle-ci ne considère elle-même que la critique est méritée. Mais la soumission devant la critique n'est pas la règle. Or, on s'attend de la part du juge à des jugements *discriminants* (entendu au sens didactique) : voir, parmi des quantités d'exemples, *R. v. Kelly*, [1999] O.J. n° 1781, notamment au para. 183. Ne s'expose-t-on pas alors à l'accusation d'avoir «manqué de sensibilité» (*showing insensitivity*, selon l'expression anglaise, *supra* note 17, commentaire 4 sous le principe 5)? Voir aussi, qui illustrent cette tension entre l'exercice de la faculté de juger et la perception par le justiciable d'avoir été traité sans préjugé, *Mahendran c. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1991), 14 Imm. L.R. (2d) 30 (C.A.F.), *Peraza v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1994] F.C.J. n° 1551 (C.F.), *Saleh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] F.C.J. n° 745 (C.F.) et *Villalobos v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. n° 806 (C.F.).

51. Jusqu'ici, les juges canadiens semblent bien avoir résisté sans trop de difficulté à ce que certains dénoncent comme les excès de la «rectitude politique». Bien au contraire, lorsqu'on les a pris en défaut, comme ce fut le cas tout récemment du juge John McClung (voir le communiqué du Conseil canadien de la magistrature en date du 21 mai 1999), c'était pour les excès inverses. Mais la question se posera tôt ou tard d'une manière qui fera ressortir les visées de l'idéologie égalitaire et les conséquences normatives qui en découlent. Plusieurs arrêts récents, et pas seulement sur le droit à l'égalité, en donnent des signes avant-coureurs. Voir par exemple *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, [1999] A.C.S. n° 19, en ligne : QL (A.C.S.), en particulier aux para. 61-64 : la nette surreprésentation des autochtones dans les systèmes pénitentiaires fédéral et provinciaux du Canada est attribuée à une discrimination systémique issue de préjugés contre les autochtones. La Cour cite à ce sujet le rapport d'une commission royale d'enquête : «Ce lamentable échec découle surtout de ce qu'autochtones et non-autochtones affichent des conceptions extrêmement différentes à l'égard de questions fondamentales comme la nature de la justice et la façon de l'administrer.» Selon ce



très divers, comme ceux qui ont mis en cause la juge Moreau-Bérubé de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick en 1999,<sup>52</sup> le juge Francis Muldoon de la Cour fédérale en 1998<sup>53</sup> ou la juge Corinne Sparks du Tribunal de la jeunesse de Nouvelle-Écosse en 1994,<sup>54</sup> montrent combien le fait de porter un jugement risque de heurter celui ou celle qui en est la cible, et combien il importe pour le juge de ne jamais paraître sous l'influence d'un préjugé quelconque. Cela ne signifie pas pour autant que toute distance prise par rapport au principe d'égalité

---

raisonnement, le traitement statistiquement inégalitaire des autochtones dans le système carcéral est le fruit d'une discrimination en l'absence de laquelle ce traitement, présume-t-on, serait statistiquement égalitaire, c'est à dire que le taux d'incarcération serait proportionnel au poids démographique relatif des autochtones dans la population canadienne. L'analyse est séduisante mais vide-t-elle la question? Celui qui voudrait aller au-delà de cette analyse risquerait-il de «manquer de sensibilité», selon la litote des *Principes de déontologie judiciaire* déjà citée plus haut?

52. Voir la dépêche de la Presse Canadienne en date du 15 avril 1999, «Controversial judge removed from bench», ainsi que la décision du Conseil de la magistrature du Nouveau-Brunswick en date du 9 avril 1999. Le Conseil cite comme suit les propos de la juge Moreau-Bérubé, prononcés lors d'un jugement sur sentence : «If a survey were taken in the Acadian Peninsula, of the honest people as against the dishonest people, I have the impression that the dishonest people would win. We have now got to the point where we can no longer trust our neighbour next door or across the street. In the area where I live, I wonder whether I'm not myself surrounded by crooks. And, that is how people live in the Peninsula, but we point the finger at outsiders. Ah, we don't like to be singled out in the Peninsula. And it makes me sad to say this because I live in the Peninsula now. It's my home. But look at the honest people in the Peninsula, they are very few and far between, and they are becoming fewer and fewer.» Malgré des excuses publiques et apparemment sincères, la juge Moreau-Bérubé fut démise de ses fonctions, faisant ainsi mentir l'adage «faute avouée est à demi pardonnée». Ces propos étaient sûrement intempestifs, mais ne confond-on pas ici une défaillance ou un écart de conduite, même sérieux, avec la faute grave justifiant la destitution? N'y a-t-il pas danger que, tenus à peine de destitution de ne jamais commettre de telles erreurs, les juges s'abstiennent de porter des jugements impopulaires, même justifiés, de crainte de susciter une réaction trop hostile? Voir et comparer *Ancil c. Pearson*, [1974] C.A. 19, pour une autre approche, peut-être plus souhaitable, à ce genre de problème.
53. Décision d'un comité d'enquête du Conseil canadien de la magistrature en date du 11 mars 1998. Le comité écrit (p. 3) : «Your use of such needlessly inflammatory, derogatory and culturally insensitive language on matters of little or no relevance to the determination of the case leaves the impression that you used your judicial office inappropriately to express your personal opinions in relation to aboriginal rights.» Comparer avec *R. v. Brereton*, [1998] 8 W.W.R. 170 (Alta Q.B.); il y a, c'est incontestable, une nette différence de degré entre ces deux espèces.
54. Voir *R. c. S.(R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484. Les circonstances de cette affaire la distinguent des deux précédentes, car il allait de soi ici qu'une plainte déontologique ou disciplinaire contre le juge n'aurait pas de raison d'être.

constitue un préjugé anti-égalitaire et que tout jugement critique à l'endroit de quelqu'un, ou même d'un groupe de personnes, brime un droit à l'égalité. Sans doute faudra-t-il laisser le temps faire son oeuvre. Cela se produit déjà au fil des décisions. Quelques-unes, parce que c'est désormais nécessaire, ont commencé à circonscrire un espace où le juge peut s'exprimer sans ambages, et cela même si les propos qu'il tient indisposent certains et les incitent à mettre en doute son impartialité.<sup>55</sup>

Concluons cette partie de l'exposé avec deux ou trois observations additionnelles sur ce que la dynamique de l'égalité implique pour le juge. L'incident McClung a fait couler beaucoup d'encre en 1999 et s'est soldé par un blâme porté par un sous-comité du Conseil canadien de la magistrature contre l'intéressé, juge de la Cour d'appel de l'Alberta.<sup>56</sup> Entre autres choses dignes d'intérêt, ce dossier recèle un élément qui met en relief l'évolution des sociétés libérales à la fin du XX<sup>e</sup> siècle et la difficile transition quelle impose dans le contenu du discours judiciaire. Pas moins de 24 plaintes avaient été déposées contre le juge McClung en raison d'une lettre ouverte qu'il avait publiée dans le quotidien *The National Post* ainsi que d'une entrevue accordée peu de temps après au même journal. Néanmoins, toutes ces plaintes ne visaient pas la lettre et l'entrevue en question, indiscretions extrajudiciaires. L'une d'entre elles concernait la conduite judiciaire du juge McClung et lui faisait grief de certains

---

55. Voir les communiqués du Conseil canadien de la magistrature en date du 1er avril 1999 (répondant à une plainte de l'association Real Women of Canada contre le juge L'Heureux-Dubé) et en date du 23 janvier 1998 (répondant à une plainte du Chinese Canadian National Council contre le juge en chef Lamer). Dans ce second cas, qui faisait suite à un échange de questions pendant l'audition du pourvoi dans l'affaire *S.(R.D.)*, *ibid.*, l'incident avait suscité des commentaires d'une partie à l'instance : voir la dépêche de la Presse Canadienne en date du 4 novembre 1997 : «Yolah Grant, a lawyer for the National Organization of Immigrant and Visible Minority Women and for Legal Education and Action Fund, was at the appeal hearing. "I thought it was inappropriate and unbecoming for that office for [Chief Justice Lamer] to make those comments in a seemingly offhand manner," said Grant. Lamer apologized to the Canadian Chinese National Council in a letter faxed just minutes before the group's announcement, said lawyer Avvy Go, director of the Metro Toronto Chinese and South East Asian Legal Clinic. But Go said the apology alone is not enough. The National Action Committee on the Status of Women has called on Lamer to step down.»

56. «Le sous-comité exprime sa vive réprobation au sujet de la conduite du juge McClung» (21 mai 1999), 98-128, en ligne : Conseil canadien de la magistrature <[http://www.cjc-cm.gc.ca/francais/communiqués.htm](http://www.cjc-ccm.gc.ca/francais/communiqués.htm)> (date d'accès : 27 novembre 1999).

passages dans le jugement *Vriend*.<sup>57</sup> Le juge McClung y écrivait que l'inclusion de l'orientation sexuelle dans la législation albertaine sur les droits de la personne ferait de la sodomie un droit fondamental et que ce résultat irait à l'encontre d'un millénaire de magistère moral.<sup>58</sup> Plus loin dans les mêmes motifs, il ajoutait une allusion à des criminels notoires (Dahmer, Bernardo, Olson) dans le but de signaler, semble-t-il, l'hostilité probable du public et des membres de la législature envers toute mesure de libéralisation en faveur de l'orientation sexuelle.<sup>59</sup> Le Conseil, par l'entremise du sous-comité formé à cette fin, condamne ces commentaires. Dans la lettre qu'il adresse au juge McClung, il écrit : «[traduction] ... vos commentaires dépassaient la limite de la grande latitude dont les juges bénéficient lorsqu'ils rédigent leurs motifs. Ils n'ont aucun lien logique avec les questions en litige et vont à l'encontre du respect des droits à l'égalité. Par conséquent, ils constituent une conduite inappropriée de la part d'un juge.»<sup>60</sup>

On a donc ici le spectacle malheureux d'un juge qui a perdu, du moins pour un temps, le contrôle de sa rhétorique.<sup>61</sup> Faut-il se surprendre du blâme qu'il s'attire? Non. Cette rhétorique est blessante pour une minorité qui a conquis difficilement un droit à la différence et à l'égalité devant la loi. En tenant les propos qu'on lui reproche, le juge McClung ignore et déprécie une évolution commencée il y a plus de trente ans par le retrait d'interdictions pénales d'une sphère de la vie privée, et qui se poursuit aujourd'hui en Cour suprême avec des décisions comme les arrêts *Vriend* ou *M. c. H.*<sup>62</sup>. Quoique

---

57. *Re Vriend* (1996), 132 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 595, infirmé par la Cour suprême du Canada dans *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

58. Le passage se lit en anglais «rebutting a millenia of moral teaching». *Re Vriend*, *ibid.* à la p. 609.

59. «It is pointless to deny that the Dahmer, Bernardo and Clifford Robert Olsen prosecutions have recently heightened public concern about violently aberrant sexual configurations and how they find expression against their victims.» *Ibid.* à la p. 611.

60. *Supra* note 56 et voir la lettre en date du 19 mai 1999.

61. Ç'aurait pu être plus grave. Hypothétiquement, les propos du juge McClung auraient pu dénoter de sa part un préjugé contre l'homosexualité. Le comité écarte cette hypothèse, tout en ajoutant : «... ces commentaires étaient inutiles, malheureux et irrévérencieux, mais ils ne démontrent pas une homophobie sous-jacente de votre part.» *Ibid.*, p. 10.

62. *Vriend c. Alberta*, *supra* note 57 et *M. c. H.*, [1999] 171 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 577, [1999] A.C.S. n° 23, en ligne : QL (A.C.S.).

cette rhétorique trouve écho dans une jurisprudence moins récente,<sup>63</sup> la transformation du discours judiciaire est aussi l'un des enjeux de l'évolution vers une société exempte de préjugés hostiles envers les minorités sexuelles. Les signes de cette évolution sont aujourd'hui nombreux. Ainsi, on a vu récemment en Australie l'un des sept membres de la High Court faire discrètement connaître son homosexualité au moyen d'une notice biographique dans le *Who's Who*.<sup>64</sup> Cette information, qui naguère n'aurait pas été rendue publique, ou qui, l'étant devenue, aurait suscité une controverse sinon un scandale, n'a provoqué en l'occurrence aucune réaction significative. Dans ce contexte, qui est désormais commun à beaucoup de sociétés libérales, des propos courroucés sur la sodomie ou sur les déviations sexuelles au cours d'un débat juridique sur l'orientation sexuelle paraissent axiologiquement anachroniques<sup>65</sup> et peut-être même malveillants. Qui plus est, un telle rhétorique fait écran à la question de principe pourtant très importante que recelait l'affaire *Vriend*, soit celle de savoir si le législateur par son inaction peut contrevenir à la constitution.

Mais tous les cas ne sont pas aussi clairs. En tout état de cause, le juge qui s'apprête à rejeter une revendication d'un groupe identitaire défavorisé (y compris la revendication du statut de groupe identitaire défavorisé) doit faire preuve d'une grande circonspection. L'horizon actuel du contentieux sur

---

63. Le passage sur «a millenia of moral teaching» est tiré des motifs du juge en chef Burger dans le jugement de la Cour suprême des États-Unis, *Bowers cv. Hardwick*, 92 L. Ed. 2d 140 (1986) à la p. 150. Voir aussi, en droit anglais, Lord Sumner dans *Thompson c. R.*, [1918-19] All E.R. 521 à la p. 528, et Lord Hailsham of St Marylebone dans *D.P.P. c. Boardman*, [1974] 3 All. E.R. 887, citant Lord Reid dans *D.P.P. c. Kilbourne*, [1973] 1 All E.R. 440, au sujet du passage tiré du jugement de Lord Sumner.

64. Voir «Outing of Kirby Welcomed», *The Canberra Times*, 20 avril 1999, p. A5, et «A Non-Secret is Out», *The Canberra Times*, 22 avril 1999 à la p. A8, mais voir aussi P. Akerman, «Irate Howls Don't Answer the Question», *The Daily Telegraph*, 8 juin 1999 à la p. 11.

65. Expression malheureusement un peu pédante, mais qui renvoie à quelque chose de spécifique : je pense ici aux irréversibilités dans la sensibilité morale (et dans la rationalité axiologique), idée éloquentement développée dans R. Boudon, «Critique de la bienveillance universelle, ou De la rationalité axiologique», dans G. LaForest et P. de Lara, dir., *Charles Taylor et l'interprétation de l'identité moderne*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1998 à la p. 285 et s. La jubilation de Mme de Sévigné devant la torture, que relatait Tocqueville (*ibid.* aux pp. 313 et 315), ou encore le propos peut-être apocryphe attribué à Saul Below («Lorsque les Zoulous produiront un Tolstoï, nous le lirons!») dans C. Taylor, *Multiculturalisme — Différence et démocratie*, trad. par D.-A. Canal, Paris, Flammarion, 1992 aux pp. 62 et 97, sont eux aussi axiologiquement anachroniques.

l'égalité ne permet pas d'entrevoir aisément le moment où ces litiges cesseront d'être chargés d'émotivité. Entre-temps, sous peine d'être soupçonné de racisme, de sexisme, d'homophobie ou d'un quelconque autre «manque de sensibilité», il faut considérer que tous les attributs d'une identité collective minoritaire ou défavorisée sont positifs (de sorte que, par exemple, dans un contexte officiel, on ne peut parler des Québécois qu'en bien, jamais en mal, car prétendre le contraire, c'est être anti-québécois<sup>66</sup>); en tout cas faut-il taire ce qui risquerait d'être perçu comme négatif. Cette attitude, difficilement défendable dans l'abstrait, est rendue nécessaire par la mentalité de l'époque. La tâche du juge devient donc particulièrement délicate dès que sa décision touche de près ou de loin à une question identitaire.

---

66. Cette question est beaucoup trop complexe pour être traitée convenablement ici. Néanmoins, ajoutons quelques nuances. Le Québécois, comme bien d'autres, peut sûrement jeter sur lui-même et sur certains travers de sa culture un regard à la fois critique et amusé : la très grande popularité de productions comme *Elvis Gratton* ou *La petite vie* le démontre. Mais tout dépend de qui juge qui. On ne peut nier, par ailleurs, que l'idéologie égalitaire (et le multiculturalisme) traînent dans leur sillage une forme de démission normative. C'est cet obstacle au jugement que vise le philosophe Charles Taylor lorsqu'il écrit : «Il est juste de réclamer comme un droit que l'on aborde l'étude de certaines cultures avec une présomption de leur valeur [...]. Mais il est dépourvu de sens d'exiger comme un droit que nous finissions par conclure que leur valeur est grande ou égale à celle des autres. [...] Des théories subjectivistes — à demi néo-nietzschéennes — sont très souvent invoquées dans ce débat. Dérivant fréquemment de Foucault et de Derrida, elles proclament que tous les jugements de valeur sont fondés sur des critères qui sont, en dernier ressort, imposés (puis renforcés) par des structures de pouvoir. Ce pourquoi ces théories prolifèrent ici devrait être clair. Un jugement favorable sur demande est une ineptie, à moins que certaines de ces théories ne soient recevables. En outre, la délivrance d'un tel jugement sur demande est un acte de condescendance stupéfiant. Personne ne peut réellement y voir un authentique acte de respect. Cela ressemble plus à un acte de respect prétendu, accordé sur l'insistance de son bénéficiaire supposé. Objectivement, un tel acte implique le mépris pour l'intelligence de ce dernier : être l'objet d'un tel acte de respect dévalorise! Les tenants des théories néo-nietzschéennes espèrent échapper à ce noeud d'hypocrisie en transformant la totalité du problème en une question de pouvoir et de contre-pouvoir. La question n'est donc plus une affaire de respect, mais de parti-pris et de solidarité. Pourtant, c'est difficilement une solution satisfaisante, parce que, en prenant parti pris, on manque la force agissante de ce genre de politique, qui est précisément la recherche de reconnaissance et de respect.» *Ibid.* aux pp. 93 et 95. Il y a tellement eu, au XX<sup>e</sup> siècle, d'injustices révoltantes fondées sur des préjugés raciaux, sexuels, ethniques et autres, que l'époque nous incite à suspendre tout jugement critique à partir de ces catégories : le jugement est de la sorte devenu préjugé.

**Faut-il souhaiter que le rôle du juge soit compris du public pour ce qu'il est véritablement?** Poser la question de cette façon dénote un certain manque d'humilité : qui, en effet, aurait l'outrecuidance de prétendre qu'il n'ignore rien de ce qu'est véritablement le rôle du juge? Aussi, toutes les explications qu'on en donne relèvent-elles à des degrés divers de l'approximation. Néanmoins, je considère pour ma part que l'on doit à Kelsen l'explication la plus succincte et la plus vraisemblable de la fonction judiciaire considérée dans sa nature intime. Cette explication, qu'on trouve dans sa *Théorie pure du droit*,<sup>67</sup> me paraît avoir le grand mérite de n'exprimer que le strict nécessaire, soit ce qui peut être dit avec le maximum de rigueur. Kelsen

---

67. Je veux parler ici du titre VIII, «L'interprétation», dans H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. par C. Eisemann, Paris, Dalloz, 1962 à la p. 453 et s. Kelsen y traite de l'interprétation des normes juridiques, mais, à mon sens, l'«acte de volonté» dont il parle (p. 460), et qui s'unit à l'«opération de connaissance», vaut autant pour les conclusions de fait que pour les conclusions de droit. Peut-être seulement faut-il tempérer cette dernière affirmation en ajoutant que, s'agissant de faits, la règle du fardeau de la preuve se substituera parfois à l'acte de volonté. Mais la distinction droit/fait est poreuse et il existe des situations où, aussi inorthodoxe que cela puisse paraître, la partie en demande a en quelque sorte le fardeau de la preuve sur le droit, ou du moins le fardeau d'induire chez le juge un degré de conviction plus fort que d'habitude : qu'est-ce en effet que l'idée d'une apparence de droit suffisante en matière d'injonction interlocutoire? (Voir sur ce point B. Cliche et D. Ferland, «L'injonction», dans D. Ferland et B. Émery, dir., *Précis de procédure civile du Québec*, 3<sup>e</sup> éd., vol. 2, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997, 340, à la p. 383 et s.). Dans ces situations, où ce que le droit enseigne n'est pas discernable et ne peut donc se prêter à une pure opération de connaissance, la règle de l'apparence de droit suffisante dispense le juge de l'acte de volonté dont parle Kelsen. En l'absence d'une telle règle, le régime général prévaut et (1) soit que ce que le droit enseigné résoud sans laisser de place au doute la question débattue entre les parties, auquel cas, (a) elles finissent par s'y conformer d'elles-mêmes ou (b) le tribunal, informé de ce que le droit lui dicte (*the core*), intervient contre la partie récalcitrante en une besogne de police et la contraint à s'y conformer au moyen d'une mesure d'exécution, (2) soit que ce que le droit enseigne ne suffit pas à résoudre cette question, auquel cas le juge, après s'être renseigné sur l'état du droit (*the penumbra*), fait acte de volonté et résoud la question en complétant la norme *interstitially*, comme le disait sagacement feu Oliver Wendell Holmes fils. Au fond, le système juridique tient la route grâce aux rustines du droit prétorien. On trouvera une explication plus récente de la place de l'interprétation en droit, explication qui me paraît largement fondée, dans D. Patterson, *Law and Truth*, New York et Oxford, Oxford University Press, 1996, en particulier au chapitre 5, «Law as Interpretation : The Jurisprudence of Ronald Dworkin». Le lecteur désireux de se divertir pourra lire avec égal bonheur le chapitre 6, «Law as Interpretive Community : The Case of Stanley Fish», mais la thèse de Fish, moins nuancée que celle de Dworkin, me paraît moins susceptible de rallier la magistrature.

et Hart se rejoignent d'ailleurs sur ce point essentiel.<sup>68</sup> Il y a eu au XX<sup>e</sup> siècle un foisonnement de théories politiques et philosophiques sur la justice, mais beaucoup moins de choses se sont écrites sur l'exercice par le juge de la faculté de juger,<sup>69</sup> surtout lorsqu'on laisse de côté le débat nourri mais parfois oiseux en droit américain sur la question spécifique de la légitimité du juge constitutionnel.<sup>70</sup> L'*Esquisse d'une phénoménologie du droit* d'Alexandre Kojève<sup>71</sup> est un de ces essais qui mettent le juge sous la lunette du microscope, non pas tant parce que cet auteur s'intéresse au juge en tant que tel, mais parce que sa définition du droit place le juge impartial et désintéressé au coeur du droit, en fait le révélateur même de la juridicité. Le droit étant «l'application d'une certaine idée de justice à des interactions sociales données»<sup>72</sup> et «la spécificité du Droit résid[ant] précisément dans la présence de ce tiers»,<sup>73</sup> son contenu n'a pas d'importance, ce n'est pas ce qui lui confère sa juridicité. Aussi, la définition du droit «ne donne[-t-elle] aucun renseignement sur le *contenu* du Droit, quel qu'il soit. Elle permet seulement de voir si un contenu donné (un phénomène) est ou non authentiquement juridique. Et elle permet de le faire quel que soit ce contenu. C'est pourquoi on peut dire que c'est une définition

---

68. Hart pousse plus loin l'étude de la fonction judiciaire, et le fait dans un mode anglo-américain, en ce sens qu'il répond aux «réalistes» américains (*rule-sceptics*) avec l'allégorie célèbre du marqueur (*scorer*) : voir H.L.A. Hart, *supra* note 2 à la p. 141 et s., et en particulier à la p. 145 : «The open texture of law leaves to courts a law creating power far wider and more important than that left to scorers, whose decisions are not used as law-making precedents. Whatever courts decide, both on matters lying within that part of the rule which seems plain to all, and those lying on its debatable border, stands till altered by legislation; and over the interpretation of that, courts will again have the same last authoritative voice. Nonetheless there still remains a distinction between a constitution which, after setting up a system of courts, provides that the law shall be whatever the supreme court thinks fit, and the actual constitution of the United States — or for that matter the constitution of any modern State.»

69. Je pense ici, par exemple, à des descriptions comme celles (provocantes en l'occurrence, pour ne pas dire subversive) de Jerome Frank (le futur juge Jerome Frank) dans «What Courts do in Fact» (1932), 26 U. Ill. L. Rev. 645.

70. Ce débat, qui porte principalement sur la légitimité du jugement judiciaire, se poursuit, et les travaux sur le sujet sont surabondants. Pour une synthèse succincte et mesurée, voir P. W. Kahn, *Legitimacy and History — Self-Government in American Constitutional Theory*, New Haven, Yale University Press, 1992 à la p. 134 et s.

71. Paris, Gallimard, 1981 (rédigé en 1943).

72. *Ibid.* à la p. 200.

73. *Ibid.* à la p. 191.

*formelle* (d'ailleurs behavioriste) de l'essence Droit.»<sup>74</sup> Bien qu'il cherche à circonscrire le droit par son contenu, le juriste et philosophe français Michel Villey accorde lui aussi au processus dialectique de la décision de justice une signification décisive.<sup>75</sup> Un bon nombre de réflexions du même ordre tendent elles-aussi à démontrer que des conditions d'intégrité, de compétence générale, de connaissance du droit, de régularité procédurale et d'impartialité concourent à asseoir l'autorité du juge, mais que, une fois satisfaites ces conditions étrangères au fond du débat judiciaire, la seule légitimité du juge tient au fait qu'il faut un juge pour mettre fin à certaines controverses.<sup>76</sup> Sa légitimité ne découle jamais, et ne peut donc en aucun cas dépendre, de la conformité de la décision rendue avec un quelconque idéal platonique de décision «juste» ou «conforme au droit» qui préexisterait pour les fins du litige *hic et nunc* à la décision qui en dispose. Énoncer ces choses ne signifie évidemment pas que les décisions des tribunaux ne sont pas justes : puisque tout est mis en oeuvre pour qu'elles le soient, il faut conclure qu'elles le sont la plupart du temps, mais il n'y a aucun moyen de démontrer avec certitude que c'est effectivement le cas. En somme, là n'est pas la question pour le juriste.

---

74. *Ibid.* à la p. 93 [les italiques sont dans l'original].

75. Villey n'a jamais caché son hostilité envers le positivisme kelsénien (sur cette notion, voir H.L.A. Hart, *supra* note 2 à la p. 253, note sur la page 181), mais il professe par ailleurs une conception de la décision de justice qui n'est pas incompatible avec celle de Kelsen : simplement, Kelsen abandonne à la seule volonté du juge ce qui pour Villey doit procéder d'une recherche dialectique du juste conformément au droit naturel. («Tel qu'il vient d'être défini, le droit naturel a le défaut d'être *dans les choses*, ou plutôt existe dans les choses une tendance à le réaliser. Il n'a pas été démontré encore qu'il fût présent dans nos consciences.» Michel Villey, *Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1987 à la p. 152 (les italiques sont dans l'original) et, plus généralement à la p.145 et s. : «Kelsen réfuté».)

76. Reconnaissons que cet énoncé n'est pas simple. Je veux dire par là que la légitimité du juge dépend en tout et pour tout de son comportement scrupuleux de juge, après avoir été régulièrement désigné pour se décharger de cette responsabilité par une autorité compétente qui l'a nommé pour son impartialité. Dès lors, sa décision, étant donné la fréquence, et certains iraient jusqu'à dire la constante indétermination de ce qu'on lui soumet, peut tomber dans un sens ou dans l'autre. Mais cela n'a pas d'importance, car les conditions de sa légitimité sont déjà remplies. Juger, en somme, tient inévitablement de la pétition de principe.



Les travaux de science politique ou de sociologie des organisations, comme le récent et fort intéressant *Final Appeal*<sup>77</sup> de cinq politologues canadiens, nous apprennent beaucoup de choses sur la gestion interne des tribunaux, sur les habitudes de travail des juges et sur une foule d'autres sujets connexes, mais, s'agissant du rôle du juge dans son principe essentiel, ces travaux nous renseignent seulement sur ce que les juges pensent de ce qu'ils font.<sup>78</sup> La question, d'ailleurs, ne fait pas l'unanimité parmi eux.

En fin de compte, hors les besognes de police,<sup>79</sup> les décisions judiciaires sur le droit sont de l'ordre du volitif plutôt que du cognitif : les juges agissent comme des législateurs, mais à la pièce, petit à petit, afin de combler les innombrables lacunes du droit et compléter plutôt qu'«interpréter» le sens de textes qui ne disent jamais tout. Certes, la connaissance du droit élimine diverses

---

77. I. Greene et al., *Final Appeal - Decision-Making in Canadian Courts of Appeal*, Toronto, James Lorimer & Company, 1998.

78. *Ibid.* aux pp. 181-198, et notamment, à la p. 187 : «We asked the judges whether they thought the Charter had created a “crisis of legitimacy” for the courts — a phrase which was used by some judges in the mid-1980s to describe their fears about judges becoming involved in lawmaking through high-profile Charter of Rights cases. The judges were evenly split on this issue, with thirty-three of seventy thinking that such a crisis existed (45 per cent), and thirty-two saying that there was no crisis; the remainder were neutral. The twenty-two judges who described themselves fundamentally as law interpreters were more likely to think that there was a crisis of legitimacy than those who perceived themselves as having a mixed lawmaking and law-interpreting role.» Si le débat porte sur l'état véritable des choses, que conclure de ces réponses?

79. Voir *supra* note 67 *in fine*. Est-il besoin de préciser que l'expression est employée ici dans un sens métaphorique. Il est difficile de concevoir une décision de la Cour suprême du Canada qui correspondrait à cette description (sauf peut-être certains jugements rejetant une requête pour permission d'appeler dans les cas où un justiciable s'obstine à faire valoir des arguments insanes). La même observation vaudra dans la quasi-totalité des cas pour les décisions des cours d'appel de premier niveau. En première instance, les choses sont plus nuancées. Beaucoup de procès soulèvent des questions de droit qui ne sont pas simples. En matière pénale, par exemple, certains procès devant jury recèlent des quantités de difficultés qui mettent lourdement à contribution le savoir et la créativité (donc la volonté) du juge. Mais il reste que, bon en mal, un énorme corpus d'affaires *ex parte*, par défaut, sur plaidoyer de culpabilité, voire même contestées, comporte pour l'essentiel l'application de normes claires à des faits non-litigieux; le juge est alors une figure d'autorité, il voit à la sanction de la loi, sans plus.

hypothèses du champ des décisions possibles<sup>80</sup> et elle conduit les juges au point où certains choix seulement s'offrent à eux, des choix tous potentiellement conformes au droit, mais contradictoires également puisque proposés par des parties opposées. Celui qu'ils retiennent, parfois unanimement,<sup>81</sup> mais assez souvent aussi par une mince majorité, devient *ipso facto* le seul choix conforme au droit. Il prévaudra dorénavant sur tous les autres et le débat judiciaire entamé en amont de ce choix pourra maintenant se poursuivre si besoin est en aval et sur autre chose. Cela n'exclut aucunement que les juges choisissent ce qui leur paraît juste «en leur âme et conscience», périphrase surannée, mais expressive. Voici donc la seule chose à laquelle le justiciable en procès a toujours droit : la totale intégrité du juge. Les juges ont intérêt, aussi, à exercer leur autorité judicieusement, avec retenue, modération et circonspection, car leur légitimité, opératoire plutôt que substantielle, est fragile. Personne, par contre, n'a encore découvert le déterminisme secret qui dicterait leurs choix. On continuera dans l'université à réfléchir sur cette question bien que la réponse somme toute assez modeste qu'y apporte Kelsen paraisse, sinon indépassable, du moins à la limite actuelle du dicible sur ce problème.<sup>82</sup> Attendons de voir si la neuroscience nous apprendra bientôt quelque chose de neuf à ce sujet. J'en doute.

Que cette problématique fondamentale conserve aujourd'hui toute son actualité, même dans les replis les plus austères du droit positif, est incontestable. C'est ce que démontre de façon frappante le récent arrêt de la Chambre des Lords dans l'affaire *Kleinwort Benson Ltd. c. Lincoln City*

---

80. C'est le problème assez difficile de la prétention de droit manifestement mal fondée, prétention qui peut avoir son origine dans une pathologie souvent observée par les tribunaux, la quérulence.

81. ... et la dissidence n'existe pas pour le juge de première instance siégeant seul.

82. Tant de choses lucides s'écrivent sur le sujet qu'on a l'embarras du choix. Voir entre autres, pour la qualité du débat, A. T. Arulanantham, «Breaking the Rules : Wittgenstein and Legal Realism» (1998), 107 Yale L.J. 1853, A. C. Hutchinson, «Going Places — Moving Beyond Crisis» (1999), 49 U. Toronto L.J. 249 (pour une critique vigoureuse de M. Rosenfeld, *Just Interpretations; Law between Ethics and Politics*, Berkeley, University of California Press, 1998) et, pour qui n'a pas froid aux yeux, P. Nonet, «Judgment» (1995), 48 Van. L. R. 987, qui entame sa réflexion avec le constat (p. 988) «There are, and there can be, no rules regarding the application of rules. If Kant is right, a sizable part of what we take to be "law," and almost all jurisprudence, are nothing but a futile striving to overcome this essential unruliness of judgment.» La démonstration qui suit l'affirmation est ici encore plutôt convaincante.

*Council*.<sup>83</sup> Très ciselée, selon la forme que pratique cette juridiction, la décision rendue à la majorité de trois des cinq Law Lords a le grand mérite d'aborder les choses de front et de trancher la question avec franchise. On peut énoncer en deux propositions simples ce qu'elle enseigne sur ce qui nous intéresse ici<sup>84</sup> : (1) une décision de justice a bel et bien un effet rétroactif car, même si elle est tenue pour énoncer le droit comme il existait au moment où le litige a pris forme, il s'agit là d'une fiction; (2) le paiement effectué de bonne foi par une partie qui croit y être tenue en vertu du droit alors en vigueur sera considéré avoir été effectué par erreur si une décision de justice entre des parties différentes vient par la suite fixer le droit en sens contraire. La première proposition fait l'unanimité, la seconde recueille l'adhésion de la majorité. On voit donc ici la réalité rejoindre la fiction, et ce de deux façons distinctes : elle s'impose à l'entendement d'une manière qui force le rejet d'une fiction séculaire sur la nature déclaratoire du droit prétorien<sup>85</sup> et, de manière peut-être plus malicieuse, elle donne raison à Sir Alan Herbert d'avoir posé dans une oeuvre de fiction la question plutôt embarrassante : «Is a decision of the House of Lords an Act of God?»<sup>86</sup> Une question litigieuse contraint le tribunal à départager des

---

83. [1998] H.L.J. No. 39.

84. L'arrêt dispose aussi au fond d'une importante question de droit privé et il établit que désormais, dans une action en *restitution* (ou, selon la terminologie civiliste, une action pour réception de l'indu), l'erreur de droit du demandeur ne constituera plus une cause d'exonération pour le défendeur.

85. Comme le dit Lord Goff of Chieveley, para. 65 : «... we all know that in reality, in the common law as in equity, the law is the subject of development by the judges — normally, ofcourse, by appellate judges. [...] The recognition that this is what actually happens requires, however, that we should look at the declaratory theory of judicial decision with open eyes and reinterpret it in the light of the way in which all judges, common law and equity, actually decide cases today.» et para. 69 «The historical theory of judicial decision, though it may in the past have served its purpose, was indeed a fiction. But it does mean that, when the judges state what the law is, their decisions do, in the sense I have described, have a retrospective effect.» *Supra* note 83.

86. Voir *Dahlia, Ltd. C. Yvonne*, dans *Uncommon law; being sixty-six misleading cases*, 7<sup>e</sup> éd., Londres, Methuen & Co., 1950 à la p. 314 (un ouvrage dont la publication fut certainement l'un des hauts moments de l'humour juridique). Cette idée affleure dans le jugement de Lord Hoffman, para. 134 et 135, lorsqu'il écrit : «At the end of argument I was of opinion, perhaps not in a very focused way, that a person who pays in accordance with what was then a settled view of the law has not made a mistake. In fact it seemed to me that one could go further and say that if he had acted in accordance with a tenable view of the law, he had not made a mistake. In the first place he was right and in the second neither right nor wrong, but in both cases his state of mind could be better described as a failure to predict some future

propositions qui sont pour la plupart problématiques<sup>87</sup>, parfois assertoriques<sup>88</sup>, mais presque jamais apodictiques.<sup>89</sup> Cela tient à la nature des questions dont un tribunal est susceptible d'être saisi.

Je ne suis pas sûr, pour ma part, qu'il soit utile de dévoiler tous ces secrets de fabrication sur la place publique. Même s'ils étaient dévoilés, je ne suis pas sûr qu'ils seraient bien compris de tous. S'ils étaient compris, je ne suis pas sûr que les tribunaux survivraient sans dommage à l'expérience. Comme je suis personnellement convaincu que les tribunaux, sous la forme que j'ai décrite, sont absolument nécessaires pour qu'une société jouisse de l'état de droit, je ne souhaite pas tenter l'expérience. Néanmoins, il est souhaitable que les juges sachent combien est fragile leur pouvoir pour qu'ils en usent sans excès. Quant

---

event (scilicet, a decision of this House) than a mistake about the existing state of the law. [...] On reflection, however, I have come to the conclusion that this theory was wrong...» La même théorie, plus fataliste sans doute que celle retenue en fin de compte par Lord Hoffman, semble avoir été implicitement adoptée par Lord Browne-Wilkinson dans sa dissidence : voir para. 15.

87. «Nous vivons en démocratie.»

88. «Il existe une planète Terre.» C'est en général le domaine du contentieux sur les faits, à cette importante nuance près que, dans la vérification de ces propositions, la tâche du tribunal est considérablement facilitée par la règle du fardeau de la preuve. Celle-ci permet de trancher la question lorsqu'on ne parvient pas à élucider ce qui s'est véritablement produit. Mais une proposition rejetée parce qu'elle n'est pas prouvée n'est pas nécessairement une proposition fautive. Ainsi s'explique la différence entre les verdicts de *Not guilty* et *Not proven* en droit écossais.

89. «A = B = C; donc, A = C.» La décision de justice peut être constitutive de propositions apodictiques qui étaient problématiques en amont du jugement. Ainsi, on sait depuis *Aubry c. Vice-Versa*, [1998] 1 R.C.S. 591 qu'il faut «parler de violation du droit à l'image et, par conséquent, de faute dès que l'image est publiée sans consentement et qu'elle permet d'identifier la personne en cause», de même qu'on sait depuis *Gauthier c. Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3, qu'un état psychologique de crainte peut constituer une cause d'impossibilité d'agir au sens de l'art. 2232 C.c.B.-C., et suspendre la prescription, lorsque cette crainte est causée par la faute du défendeur, etc... Même si, de l'intérieur du droit positif, ces propositions paraissent apodictiques, elles demeurent fragiles. Elles laissent toujours place à une qualification différente des faits (comme le démontrent par exemple le jugement dissident dans l'affaire *Gauthier*, ou encore les arrêts *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199 et *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771) et, en l'absence de fondement constitutionnel, elles sont à la merci d'une intervention législative (comme le démontre, par exemple, un jugement comme *Maison L'Intégrale c. Tribunal du travail*, [1996] R.J.Q. 859 (C.A.)).

à ceux qui s'adressent à eux pour obtenir justice, modérons leurs attentes. Et perpétuons les apparences : encore aujourd'hui, le juge «applique le droit», un point c'est tout. Le reste, comme disait Montaigne, n'est que «disceptation et agitation des diverses et contraires ratiocinations que la matière du droit souffre.» Le public n'en a rien à faire.

**RDUS**

**Revue de DROIT**  
**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** SYNERGIE DES FONDEMENTS HISTORIQUES INTERNATIONAUX ET  
NATIONAUX DE L'INSTAURATION DES TRIBUNAUX DU TRAVAIL

**Auteur(s) :** Jean-Luc DUFOUR

**Revue :** RDUS, 1999-2000, volume 30, numéro 1

**Pages :** 33-155

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/12354>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/12354>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## SYNERGIE DES FONDEMENTS HISTORIQUES INTERNATIONAUX ET NATIONAUX DE L'INSTAURATION DES TRIBUNAUX DU TRAVAIL

par Jean-Luc DUFOUR\*

*L'histoire des relations du travail démontre que l'adoption des différentes lois du travail fut justifiée par l'incapacité du droit civil à pouvoir s'adapter à la réalité des rapports de travail qu'ils soient collectifs ou individuels. Ces modifications législatives ont été rendues nécessaires en raison des besoins créés par la révolution industrielle et les deux grandes guerres mondiales. Ces événements ont favorisé le regroupement des travailleurs et amené le législateur à adopter des lois visant à reconnaître les droits collectifs de ces derniers. Parallèlement, le législateur, dans son rôle de protecteur de l'intérêt public, adoptait aussi d'autres lois visant à protéger les droits individuels des travailleurs qui ne bénéficiaient pas du régime de rapports collectifs de travail.*

*Or, comme toutes ces législations allaient à l'encontre des règles de droit civil et qu'il devenait plus difficile pour les tribunaux de droit commun d'appliquer ces nouvelles règles juridiques, il fut nécessaire de mettre sur pied des tribunaux spécialisés dans le domaine du travail. Cette orientation fut suivie internationalement. De surcroît, les pays qui adoptaient un tel système parallèle aux tribunaux de droit commun attribuaient à ces tribunaux les mêmes caractéristiques de spécialité, de célérité, d'accessibilité et d'exclusivité juridictionnelle. Notre analyse porte donc sur l'historique de ces tribunaux du travail, sur les raisons qui en ont justifié leur création et sur les paramètres qui les caractérisent.*

---

*The history of labour relations clearly illustrates how the legislative framing of worker-management issues was justified owing to the incapacity of the civil law to adapt to new industrialized realities, be they individual or collective. It was the Industrial Revolution later followed by two great world wars that ushered in an era of evolving workplace needs and the legislative machinery required to govern these changes. These events favoured worker unity, which led the legislator to pass laws recognizing their collective rights. At the same time, the legislator acted in the role of protecting public interest also by passing legislation aimed at safeguarding individual worker rights for those not benefitting from collective agreements.*

*This all came about in statutory initiatives that ran counter to the rules of civil law and, consequently, made it more difficult for courts of general law to apply this new legal framework. Hence, another innovation: the labour court, a specialized tribunal versed matters of labour relations that took no time in spreading internationally. Moreover, countries that were to implement a system parallel to their courts of general law, also endowed labour tribunals with corresponding attributes of specialty, due dispatch, accessibility and exclusive jurisdiction. It is within this context that our analysis reviews the history of labour courts, the reasons that brought them into existence and the judicial framework that characterizes their operations.*

---

\*. L'auteur est chargé de cours en Droit du travail et en Droit syndical à la Faculté de droit de l'Université Laval, en Droit du travail et en Arbitrage de grief et négociation collective au département des sciences de la gestion et de l'économie de l'Université du Québec à Trois-Rivières et en Droit administratif à la Faculté de droit de Sherbrooke. Il est aussi étudiant de troisième cycle à la Faculté de droit de l'Université Laval.



## **SOMMAIRE**

<b>INTRODUCTION</b> .....	35
<b>1. PRINCIPALES ÉTAPES DE L'ÉVOLUTION NATIONALE ET INTERNATIONALE DANS LES RELATIONS EMPLOYEURS-EMPLOYÉS</b> .....	44
<b>2. MOTIFS AYANT JUSTIFIÉ LES INTERVENTIONS LÉGISLATIVES DANS LES RELATIONS DU TRAVAIL</b> .....	88
<b>3. CARACTÉRISTIQUES DES TRIBUNAUX DU TRAVAIL</b> .....	105
3.1 L'expertise .....	107
3.2 La célérité .....	119
3.3 L'accessibilité .....	132
3.4 L'exclusivité juridictionnelle .....	138
<b>CONCLUSION</b> .....	150

«Dans une société aussi complexe que la nôtre, l'existence de commissions et de tribunaux administratifs s'impose de plus en plus. En effet, l'expérience et les connaissances spécialisées de certaines commissions dépassent celle des cours de justice. Ces commissions permettent la résolution rapide des questions compliquées et, souvent, techniques. Généralement composés d'experts dans leur domaine, les tribunaux administratifs fonctionnent indépendamment du gouvernement. Les relations de travail et l'énergie sont deux excellents domaines où l'expertise d'un tribunal administratif se révèle inestimable».

*Canada (P.G.) c. AFPC*, [1993] 1 R.C.S. 941 aux pp. 952-953, juge Cory.

## INTRODUCTION

Nous sommes actuellement dans les préparatifs des cérémonies marquant l'arrivée du XXI<sup>e</sup> siècle. Tous espèrent, compte tenu des changements importants survenus tant au point de vue politique, social et économique connus à l'échelle mondiale au cours des dernières années, que cette nouvelle époque marquera le point de départ d'une économie mondiale plus solide et plus équitable favorisant ainsi le juste équilibre entre les peuples et ce, dans le plus grand respect de l'individu.

Or, cette économie mondiale a grandement évolué au cours du dernier siècle. Particulièrement chez nous, nous avons connu une économie agricole au

début du siècle<sup>1</sup> puis une économie industrielle pendant et après les deux guerres, pour finalement atteindre une économie de technologie et d'informatique au début des années 1980. Au surplus, s'ajoute à cela, la mondialisation des marchés consacrée notamment par différents traités de libre-échange.<sup>2</sup>

Depuis le début du siècle, notre société, commerciale en raison de ses objectifs lucratifs, repose sur les fondements du libéralisme économique. Comme nous l'enseignent les auteurs, «[c]e libéralisme économique est lui-même appuyé sur un droit commun, le “common law” ou le droit civil, qui a poussé jusqu'à un raffinement inouï, la liberté de l'individu d'exercer son activité commerciale et d'utiliser toutes les ressources qu'il peut d'un droit de propriété absolu».<sup>3</sup> Ainsi :

«Il n'y a pas encore très longtemps les relations industrielles n'étaient pas bien compliquées. Il suffisait pour un employeur d'embaucher des ouvriers et de fixer lui-même le salaire et les conditions de travail; d'une certaine façon il était roi et maître chez lui. S'il était humain et s'inspirait

- 
1. J. Perreault, *L'évolution juridique*, dans J.-C. Falardeau, *Essais sur le Québec contemporain*, Québec, Les Presses Universitaires Laval, 1953 à la p. 126.
  2. C'est ainsi, par exemple qu'il existe une entente complémentaire au traité de l'ALÉNA, soit l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail (ANACT). Voir à cet effet l'article de D. Maschino, «L'Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail, l'ALÉNA et la “clause sociale”» dans R. Lapierre, dir., *Droit du travail et commerce international*, Cowansville, Yvon Blais, 1995 à la p. 3.
  3. M. Lapointe, «La place des tribunaux du travail dans l'ensemble de l'organisation judiciaire» dans G. Dion, dir., *Les tribunaux du travail*, Québec, Presses de l'Université Laval, 196, 93 à la p. 94. Voir également G. Lyon-Caen, «Rapports entre droit civil et droit du travail» (1974) 72 R.T.D. civ. 229 à la p. 233 [ci-après «Rapports entre droit civil et droit du travail»]; G. Dion, «Facteurs nouveaux dans l'aménagement des relations du travail» [1946] Bull. rel. indust. 6:1 à la p. 2. R. Couillard et G. Dostaler, *Les normes du travail – Une analyse de certaines dimensions économiques et juridiques des normes du travail et de leur application au Québec*, Québec, Éditeur officiel, 1984 à la p. 17 : «Au niveau des rapports économiques, dont se préoccupe particulièrement le **Code civil**, cette liberté trouve sa consécration ultime dans le droit de propriété, principe fondamental en matière d'échanges économiques. Ce principe structure tout contrat individuel de travail, à tel point que le législateur n'avait pas trouvé opportun d'élaborer beaucoup sur ce type de contrat qui n'était qu'une forme d'exercice du droit de propriété parmi d'autres et qui obéissait à l'ensemble des règles générales régissant les contrats».

de la justice, il respectait ses ouvriers; sinon il les exploitait de son mieux.»<sup>4</sup>

Cependant, comme s'interroge le professeur Lyon-Caen, «[l]e droit de propriété et la liberté d'entreprise doivent-ils subsister intégralement dès lors que le sort des hommes est en jeu?»<sup>5</sup> Non, dira carrément Ripert, car le travail humain ne peut faire l'objet d'un contrat.<sup>6</sup> Pourquoi en serait-il ainsi? Simplement parce que le travail ne peut se dissocier de la personne du salarié. Lorsque le salarié travaille pour un employeur sous sa subordination, c'est sa personne qu'il met à la disposition de l'employeur. Ainsi, pour Supiot, «La personne physique constitue l'objet de la prestation du salarié. Le corps est le lieu, le passage obligé de la réalisation des obligations du travailleur, il est la chose même qui forme la matière du contrat.»<sup>7</sup> Le corps humain est inaliénable,<sup>8</sup> selon un principe également reconnu dans notre droit, par conséquent, le travail, indissociable de la personne humaine, ne pourrait faire l'objet d'un contrat.<sup>9</sup> Ainsi, cette position entraîne le rejet de l'ancienne expression consacrée par le *Code civil du Bas-Canada* de «contrat de louage de services». À l'opposé toutefois, cette position de Supiot fait l'objet de critique par un courant qui nous semble minoritaire à la lumière des lectures répertoriées. Revet préconise la théorie à l'effet que dans le cadre du contrat de travail, ce n'est pas la personne qui est l'objet du contrat, mais plutôt la force de travail et le résultat qu'on en obtient; le travail en soi<sup>10</sup> et cet élément doit être dissocié de la personne du salarié, l'implication du corps n'étant qu'une résultante. Ainsi, «[l]e contrat de

- 
4. G. Dion, *ibid.* à la p. 2; P. Fontaine, «Le contrat collectif de travail» [1925-26] 4 R. du D. 465 à la p. 471.
  5. G. Lyon-Caen, «Rapports entre droit civil et droit du travail», *supra* note 3 à la p. 233.
  6. G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, éd. rev. 1994 à la p. 276.
  7. A. Supiot, *Critique du droit du travail*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994 aux pp. 59-60.
  8. Art. 25 C.c.Q. Voir à propos de l'application de cet article, les *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993 à la p. 25.
  9. A. Supiot, *supra* note 7 à la p. 59. D'autres auteurs européens sont du même avis que Supiot et Ripert : G. Beaudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 21, 3<sup>e</sup> éd., Paris, 1907; Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1924 à la p. 588; F. Collart Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, 1991 à la p. 478.
  10. T. Revet, *La force de travail; étude juridique*, Paris, Librairie de la Cour de cassation, 1992 à la p. 11. Sur le même propos et par le même auteur, voir T. Revet, *L'objet du contrat de travail*, [1992] Droit social 859 [ci-après *L'objet du contrat de travail*].

travail ne participe donc point des conventions relatives à la personne physique. Par conséquent, la commercialité de la force de travail ne saurait être mise sur le même plan que la commercialité de la personne physique, ou de ses organes et produits». <sup>11</sup>

L'histoire des relations industrielles donne raison aux auteurs du courant majoritaire. Les bouleversements dans la structure de l'économie ont forcé à maintes reprises les législateurs des différents pays affectés par ces changements à apporter des modifications aux lois régissant les rapports de travail employeurs-employés. Cela, notamment en raison du fait que les travailleurs, prenant conscience de leur nouvelle condition sociale et de leur pouvoir collectif de négociation, ont exercé au fil des ans des pressions politiques sur les gouvernants et des pressions économiques sur les employeurs, afin de se voir reconnaître le droit de se regrouper collectivement et de se voir attribuer de nouvelles protections dans le cadre de leur lien d'emploi. Chaque bouleversement dans la structure de l'économie d'un pays apportait son lot de nouvelles revendications pour les travailleurs. À titre d'exemple, rappelons-nous que, dès le début du siècle, des considérations d'ordre social et humanitaire intervenaient pour mettre un frein au libre jeu des lois économiques. Ainsi, le législateur adoptait des lois visant à réglementer l'emploi des femmes et des enfants ainsi que la durée du travail. <sup>12</sup>

Se voyant dans l'obligation d'assurer le respect des droits des travailleurs dans le dessein de maintenir la paix sociale et ne pouvant pas se rabattre strictement sur les règles du droit commun pour assurer cette protection, les législateurs ont adopté des lois protégeant ces travailleurs contre le pouvoir économique indu de certains employeurs. Ce faisant, à l'échelle mondiale, on ne considérait plus le travail de l'individu comme une simple marchandise susceptible d'être transigée. <sup>13</sup>

Cependant, ces modifications législatives ne se firent pas sans heurt. Il fallut trouver un moyen pour assurer l'équilibre dans les nouveaux rapports de travail ainsi créés. Pour ce faire, les états concernés par ces conflits ont instauré des systèmes visant à assurer le respect de ces droits de façon à maintenir la paix sociale et assurer la bonne marche de l'économie. Ces systèmes furent implantés pour empêcher les

---

11. T. Revet, *L'objet du contrat de travail*, *supra* note 10 à la p. 862.

12. M. Wallin, «L'administration du travail : D'où vient-elle? Où va-t-elle?» (1969) 100 *Revue internationale du travail* 57 à la p. 58.

13. *Ibid* à la p. 66.

travailleurs et les employeurs de se faire eux-mêmes justice à l'intérieur de leurs rapports de travail et cela, par l'utilisation de la grève ou du *lock-out*. En contrepartie, on permettait aux parties de faire valoir leurs prétentions et de les faire sanctionner par un organisme compétent.

L'objectif de paix sociale et le désir d'assurer la prospérité économique ont aussi servi de justification à l'intervention législative dans les rapports individuels de travail. Historiquement, les rapports individuels ont été les premiers rapports de travail créés entre un employeur et un travailleur. Rappelons-nous qu'au tout début, le regroupement syndical était interdit et qu'il en était conséquemment de même pour les rapports collectifs.<sup>14</sup>

Comme nous le constaterons par le rappel historique subséquent, si l'intervention législative dans le système des rapports collectifs de travail répondait aux revendications des salariés regroupés, la même intervention législative dans le cadre des rapports individuels se justifiait par le rôle protecteur de l'État. De surcroît pour ce dernier secteur des relations du travail, non seulement le législateur se doit-il d'intervenir, mais doit-il aussi procéder périodiquement à une révision des dispositions législatives «afin de tenir compte de l'évolution des valeurs d'une société et des mutations des marchés du travail».<sup>15</sup>

Comme nous le dit Beaulieu, les rapports collectifs et les rapports individuels constituent deux légalités<sup>16</sup> qui ont évolué parallèlement, quoique

- 
14. Cette situation prévalait d'ailleurs dans tous les pays dont s'est inspirée la législation canadienne et québécoise du travail. C'était notamment le cas en France où la *Loi de Chapelier* votée en 1791 ne reconnaissait aucun intérêt collectif et prohibait les associations et par conséquent les rapports collectifs de travail. À cette loi s'ajoute l'interdiction du Code pénal notamment quant à la coalition ouvrière : M.-L. Beaulieu, *Les conflits de droit dans les rapports collectifs du travail*, Québec, Presses universitaires Laval, 1955 aux pp. 6-7. Aux États-Unis, le même phénomène est reconnu vers les années 1890 par l'adoption d'une loi dite antitrust, le *Sherman Act* qui permettait aux tribunaux d'émettre des injonctions contre les grèves et toutes autres manifestations pouvant constituer une forme d'atteinte à la liberté de commerce entre États : voir G. Hébert, *Traité de négociation collective*, Boucherville (Qc), Gaétan Morin, 1992 à la p. 24.
15. Commission permanente des affaires sociales, *Journal des débats*, (20 février 1990) à la p. CAS-1072, M. Bourbeau. Propos du ministre de la Main-d'œuvre, de la Sécurité du revenu et de la Formation professionnelle tenus lors de l'étude de l'avant-projet de loi modifiant la *Loi sur les normes du travail* et d'autres dispositions législatives.
16. M.-L. Beaulieu, *Nature et sources des conflits de droits individuels ou collectifs*, [1954] *Relations industrielles* 13 à la p. 17.

l'emphase des rappels historiques soit formulée surtout à partir des rapports collectifs en raison du caractère spectaculaire et médiatique engendré par le déroulement quelques fois funeste d'un arrêt de travail. Cependant, c'est aussi juridiquement qu'il faut les distinguer. Les conflits dans les rapports collectifs constituent habituellement des conflits d'intérêts tandis que les conflits dans les rapports individuels constituent des conflits de droit. Nous disons «habituellement», parce qu'il existe au moins une exception qui caractérise chacun de ces types de conflits.

Les conflits d'intérêts résultent des litiges entre l'employeur et les travailleurs et origine du fait «que les parties n'ont pas établi entre elles des relations juridiques et qu'il n'existe pas de règle de droit qui les fixe pour elles».<sup>17</sup> En droit québécois, il en est ainsi en matière d'arbitrage de différends de convention collective.<sup>18</sup> Les parties syndicale et patronale à ce litige n'ont aucune base juridique pour établir leurs revendications si ce n'est notamment la possibilité de comparer leurs conditions de travail avec celles d'entreprises oeuvrant dans le même secteur d'activités.<sup>19</sup> Il s'agit d'un conflit collectif d'intérêts. Toutefois, il pourrait aussi y

---

17. L.-P. Pigeon, «Conciliation, arbitrage et tribunaux du travail» dans Département des relations industrielles de la Faculté des sciences sociales de l'Université Laval, *Premier Congrès des Relations Industrielles de Laval*, 1946, 65 à la p. 70. L'un des plus importants conflits d'intérêts dans le domaine des relations de travail s'est sans doute déroulé en 1945-1946 dans le conflit entre la compagnie Ford et ses 9,500 ouvriers, membres de la section locale des Travailleurs unis de l'automobile. Appelé à trancher sur une clause de sécurité syndicale dans la convention collective, le juge Rand, s'exprima en des termes qui définissent bien la notion pratique du conflit d'intérêt : «La présente affaire est bien différente : la question n'est pas aussi simple. On n'allègue pas violation d'aucun droit. Les principes sur lesquels la décision sera fondée ne sont ni fixés à l'avance, ni acceptés. On se trouve en présence d'un conflit de rapport et d'intérêts non juridique qui, en règle générale, jusqu'à maintenant du moins, se résout par le jeu de force morales et matérielles qui reposent en définitive sur la force économique. À partir du régime social et économique sous lequel nous vivons, il me faut m'appuyer sur des considérations déjà acceptées dans l'opinion publique au pays, qui, en tant que principes d'action, sont utilisés couramment dans ce genre de conflits. Les ayant découvert, il me faut les appliquer au présent différend. Une telle enquête implique l'examen d'un champ de doctrine sociale si étendu que, au risque de paraître pédant en employant des termes hermétiques, je dois traiter de sujets dont on conviendra qu'ils sont des leçons élémentaires d'expérience par rapport aux tendances qui se manifestent sur la scène économique» : voir G. Dion, «L'origine de la formule Rand», (1975) 30 *Relations industrielles* 747 à la p. 761.

18. Code du travail, L.R.Q. c. C-27, 74 et s. [ci-après *Code du travail*].

19. *Ibid* à l'art. 79.

avoir conflit d'intérêts dans le cadre d'une relation individuelle de travail. Il en serait ainsi notamment si les parties avaient prévu dans le contrat de travail conclu entre l'employeur et le salarié que lors du renouvellement du contrat, les parties devraient s'entendre sur le montant d'augmentation salariale à verser au salarié, à défaut de quoi, l'une ou l'autre des parties pourrait soumettre le litige à un arbitre. Dans un tel cas, comme les parties n'auraient pas de normes conventionnelles, ni même légales pour fixer le revenu du travailleur, il s'agirait alors d'un conflit d'intérêts.

Quant aux conflits de droit, ils représentent tout à fait le contraire puisque «le juge est appelé à statuer sur des relations juridiques établies par une convention ou une règle de droit préexistante».<sup>20</sup> Il en est ainsi des litiges en matière de protection de l'activité syndicale<sup>21</sup> ou encore lors d'un recours en réintégration et compensation monétaire suite à un congédiement fait sans cause juste et suffisante ou encore d'une simple réclamation monétaire en vertu de la *Loi sur les normes du travail*.<sup>22</sup> Il s'agit en effet, dans tous ces cas, de conflits de droit, c'est-à-dire de conflits fondés sur les prétentions juridiques de chacune des parties. Habituellement, de tels conflits naissent dans le cadre de la relation individuelle de travail. Cependant, il existe aussi une exception pour ce genre de conflits. Il s'agit du litige fondé sur l'interprétation ou l'application de la convention collective, où l'arbitre analyse le fondement des prétentions de chacune des parties au regard du texte d'une convention collective ou encore d'un texte d'une loi, l'arbitre pouvant s'en inspirer pour le prononcé de sa décision.<sup>23</sup> Les parties font alors l'objet d'un conflit collectif et de droit. Le conflit de droit n'est donc pas limité exclusivement au conflit individuel.

Pour certains, comme le professeur Lyon-Caen, ces distinctions devraient être oubliées.<sup>24</sup> D'autant plus, que malgré la coexistence de ces deux types de

---

20. L. P. Pigeon, *supra* note 17 à la p. 70.

21. *Code du travail*, *supra* note 18, art. 15.

22. *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1, art. 124, 55 et 98 [ci-après *Loi sur les normes du travail*].

23. *Code du travail*, *supra* note 18, art. 100.12 a).

24. G. Lyon-Caen, «Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail», (1974) 73 R.T.D. civ. 229 à la p. 246 [ci-après «Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail»] : «Incidentement les *distinctions scolastiques des conflits* collectifs et individuels, juridiques et économiques, devraient être oubliées. Tout conflit met en jeu des intérêts



conflits, nous remarquerons que le texte des lois ne fait quant à lui aucune distinction sur la nature du conflit en cause.<sup>25</sup>

Afin de solutionner ces différents litiges qui s'écartaient de plus en plus des règles du droit commun, qu'ils soient collectifs ou individuels, d'intérêts ou de droit, on vit alors apparaître à l'échelle quasi-mondiale, au cours de ce dernier siècle, les tribunaux du travail et ce, pour pallier à certaines lacunes du système des tribunaux de droit commun<sup>26</sup> face à l'application de ces nouvelles lois à caractère social. On instaurait donc des nouvelles juridictions pour décider des litiges du travail.<sup>27</sup> Malgré tout, certains conflits du travail, exclusivement de droit, échappent encore à la juridiction des tribunaux spécialisés du travail et peuvent ainsi demeurer sous la juridiction des tribunaux civils ou de droit commun.<sup>28</sup> Sans vouloir trop nous y attarder pour le moment, compte tenu qu'il ne s'agit pas du but initial de notre

---

solidaires, individuels et collectifs; tout conflit prend appui sur le Droit positif et tend ici à le faire progresser.»

25. Bureau international du travail, *Les tribunaux du travail – Étude internationale des systèmes judiciaires en vigueur pour le règlement des conflits du travail*, Genève, Imprimeries populaires, 1938, préface.
26. R. Guillien, *Problème de juridiction administrative*, dans *L'Évolution du droit public – Études offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1965 à la p. 294 : «Qu'est-ce que la juridiction de droit commun? On utilise souvent cette notion comme si son contenu était évident. En fait on se contente de le déterminer par opposition à la juridiction d'attribution. Celle-ci suppose que des textes énumératifs, et à portée limitative, viennent remettre des compétences juridiques précises à des organes de jugement bien indiqués. Les reste ira vers la juridiction de droit commun. Ce processus de détermination correspond à l'évolution historique du droit administratif français. Mais, pour ce qui est des formules elles-mêmes : juridiction d'attribution et juridiction de droit commun, je crois bien qu'elles furent longtemps de pures formules doctrinales, que les textes de loi ignoraient».
27. C'est en ce sens que dans le corps de notre analyse nous utiliserons régulièrement l'expression «juridictionnel ou juridictionnelle» afin de délimiter les limites à la juridiction de ces tribunaux spécialisés du travail. Pour encore mieux cerner le sens de cette expression nous nous référons aux auteurs H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé – Introduction - Notions fondamentales – Organisation judiciaire*, t. 1, Paris, Sirey, 1961 au par. 471 : «*A priori*, ce qui frappe quand on parle d'un acte juridictionnel, c'est le fait qu'il émane d'une juridiction, c'est-à-dire d'une autorité constituée en forme de tribunal, avec toutes les garanties d'indépendance et d'impartialité opportunes». Propos repris par A. Vinette, «Du choix des juges», (1969) 10 C. de D. 307 à la p. 309.
28. Pourtant, lors des premiers balbutiements visant à introduire dans notre système des tribunaux du travail, l'intention était de leur accorder exclusivement une juridiction en matière de conflits de droit : voir l'allocation de M<sup>e</sup> Albert Leblanc tenue lors du congrès de Barreau du Québec de 1944, [1944] 4 R. du B. 70 à la p. 72.

analyse, nous tenterons de déterminer pourquoi il en est ainsi, nous essaierons aussi d'identifier les facteurs qui font en sorte que l'exclusivité juridictionnelle des tribunaux du travail n'est dans une certaine mesure que relative par rapport à la juridiction des tribunaux de droit commun.

Divers motifs ont ainsi justifié la création de ces différents tribunaux. Fondés sur la dérogation constante aux règles de droit commun normalement appliquées par les tribunaux judiciaires, les motifs les plus souvent cités portent sur la protection efficace des travailleurs de même que le règlement des conflits indispensables à une paix sociale nécessaire au développement industriel national.<sup>29</sup> Tous semblent cependant, à un certain moment, converger vers le même point : permettre aux parties de se faire décider leur conflit par une personne possédant l'expertise nécessaire à cette fin. En effet, comme toutes les sociétés sont d'abord encadrées par une loi qui régit les rapports privés entre les individus, savoir le droit civil ou le droit commun, les législateurs se sont vite aperçus que les fondements mêmes de ce droit étaient souvent insuffisants et incomplets pour résoudre tous les conflits découlant des relations du travail. Étant donné que dans le domaine des relations du travail les conflits de droit sont souvent liés intimement à des conflits d'intérêts et vice-versa, cela rend donc inadéquat le recours exclusif aux tribunaux de droit commun puisqu'il s'agit davantage d'un conflit social que d'un conflit de droit civil.<sup>30</sup> Les lois adoptées tenant compte de cette nouvelle idéologie, il fallait que les litiges découlant de ces mêmes lois soient décidés par des tribunaux familiers avec l'esprit et le cadre de la relation d'emploi. Comme le souligne Supiot, étant donné que l'application du droit du travail ne pouvait reposer sur les seuls mécanismes généraux de règlement des conflits en raison de la spécificité de la relation de travail qui provient de la présence d'une partie faible au contrat de travail et qui origine aussi de la dimension collective de certains rapports de travail, il est

---

29. A. Tevoedjre, «Allocution donnée à titre de directeur de l'Institut international d'études sociales» dans A. Gladstone et O. Sorgho, dir., *Les tribunaux du travail en Afrique francophone*, Genève, Institut international d'études sociales, 1978 aux pp. 8 et 9.

30. *Ibid.* : «Or, les concepts du Droit processuel et les mécanismes de la procédure traditionnelle sont ici spécialement inadaptés : l'idée d'une personne en opposition d'intérêts avec une autre personne et demandant à un juge de dire le droit : l'idée d'un jugement que la force publique devra mettre à exécution, sont totalement étrangères à la matière de conflits sociaux.»

logique que cette spécificité appelle nécessairement des dispositifs particuliers d'application.<sup>31</sup>

Nous procéderons dans la présente analyse à la reconstitution de l'évolution historique des principaux événements ayant caractérisé les rapports de travail qui ont permis d'aboutir à la mise sur pied des tribunaux du travail. Nous identifierons donc les grands traits de cette évolution afin d'en dégager une constante. Pour ce faire, nous allons, dans un premier temps, reconsidérer les principales étapes de l'évolution juridique des relations industrielles et par la suite dresser la liste des impacts juridiques occasionnés par cette évolution. Nous nous soumettrons à cet exercice en tenant compte de l'évolution juridictionnelle, tant chez nous qu'à l'étranger et ce, afin de pouvoir établir, de façon bien sommaire cependant, certaines comparaisons ou encore retrouver certaines similitudes. Nous aurions pu tenter de faire un parallèle plus recherché entre le système canadien et québécois et celui d'autres pays, mais selon nous, un tel exercice exige de procéder à une mise en relation constante et contemporaine de ces systèmes étrangers, ce qui représente un travail hasardeux et de trop longue haleine compte tenu des buts recherchés par notre analyse. De surcroît, vouloir comparer l'efficacité des systèmes constituerait en soi une idée beaucoup trop risquée, compte tenu que nous ignorons de la conception juridico-sociale applicable pour chacun des pays étrangers où oeuvrent les tribunaux du travail et auxquels nous ferons référence régulièrement.

## **1. PRINCIPALES ÉTAPES DE L'ÉVOLUTION NATIONALE ET INTERNATIONALE DANS LES RELATIONS EMPLOYEURS-EMPLOYÉS**

La lecture des différents textes historiques étrangers, canadiens et québécois nous permet de regrouper sommairement en deux grandes étapes comparatives l'évolution des relations industrielles de ce dernier siècle. Une première étape de 1885 à 1914, date du début de la première guerre mondiale, et une seconde étape de 1914 jusqu'à aujourd'hui.<sup>32</sup>

---

31. A. Supiot, «L'application du droit du travail en Europe», (1991) 12 Travail et emploi 4.

32. L'objectif de la présente analyse n'étant pas de dresser un historique complet du développement industriel, nous avons cru bon de limiter à deux le nombre de phases caractéristiques au développement législatif des relations du travail. Une première étape caractérisée par une relation employeur-employé où la prédominance du rapport allait à

La première de ces étapes est principalement caractérisée par la domination de l'employeur sur les salariés. La société commerciale de l'époque de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et du début du XX<sup>e</sup> reposait sur les fondements du libéralisme économique.

Cependant, cette caractéristique fondamentale de notre système économique, bien que fondée sur une liberté absolue, ne s'exerce pas sans causer de préjudice. La conséquence directe de cette liberté économique résulte dans la concentration exponentielle de la richesse et des moyens de production entre les mains d'un seul groupe d'individus : les employeurs. À l'opposé, il y avait assujettissement d'une classe ouvrière dépourvue de toute protection légale : les salariés. Rappelons-nous en effet, qu'à cette époque et dans notre province particulièrement, la relation de travail ou le louage d'ouvrage, comme le *Code civil du Bas-Canada* l'énonçait,<sup>33</sup> était limité à quelques articles qui n'ont été abrogés qu'en 1994 par l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*<sup>34</sup> :

«Le *Code civil du Bas-Canada* ne contient là-dessus que quelques dispositions laconiques (sept en tout, dont quatre seulement ont un contenu substantif, les autres offrant des précisions de nature définitionnelle ou renvoyant à d'autres parties du Code ou de la législation), contenues en un chapitre relatif au louage d'ouvrage (qui vise également le contrat d'entreprise et le service de voituriers), chapitre qui se trouve lui-même au titre septième, sur le louage en général : louage de choses, louage de services et bail à cheptel (quatrième chapitre du titre) sont donc traitées comme variations sur un même thème. La force de travail d'un individu est un capital dont il dispose en le louant, à sa guise, comme il le ferait d'un

---

l'employeur et une seconde étape où l'égalité dans les rapports de force était rétablie par le biais de législations industrielles à caractère individuel et collectif et dont les objectifs étaient d'établir une protection plus accrue des droits des salariés justement pour contrer la dominance de l'employeur dans la relation d'emploi développée avant la première guerre.

33. Art. 1665a-1671 C.c.B.-C. pour ce qui concerne le «louage d'ouvrage». Certains auteurs étaient d'avis que cette expression était inadéquate et qu'elle manquait de respect à la personne humaine : L. Pélland, «Association professionnelle et contrat de travail», (1933-1934) 12 R. du D. 385 à la p. 391 : «Le contrat de travail que nous envisageons s'appelle, au Code civil (art. 1667), *contrat de louage de services personnels*. Il vaudrait mieux, croyons-nous, s'en tenir à l'expression *contrat de travail*, qui est plus respectueuse de la personne du travailleur dont les services sont loués et du caractère urgent d'humanité qui s'attache à ce contrat.»

34. Art. 2085-2097 C.c.Q..

immeuble ou d'un troupeau, aux conditions déterminées par l'entente des parties. C'est la vision du siècle, expression de "l'individualisme triomphant".»<sup>35</sup>

À la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, les rapports du travail caractérisés à outrance par les règles du libéralisme économique reposaient notamment sur des lois municipales à caractère pénal dont la sanction était confiée à des juges de paix de certains districts municipaux chargés notamment de rendre des ordonnances relatifs à la conduite des employés et des employeurs. C'était le cas pour les dispositions adoptées par les villes de Montréal et de Québec qui, par l'entremise de la *Loi des maîtres et des serviteurs*,<sup>36</sup> pouvaient déterminer les conditions de travail prévalant entre patrons et employés. Commentant les effets juridiques de cette loi, l'auteur Dickinson précise ceci :

«Les dispositions avantageaient l'employeur. À Québec, les sanctions en cas de bris de contrat étaient deux fois plus sévères pour les employés que pour les patrons. À Montréal la situation était pire; les patrons ne pouvaient être blâmés qu'en cas de cruauté. *La Presse* menait une campagne pour changer ce règlement [...] qui conservait "encore les traces très visibles de l'ancien droit des maîtres sur leurs esclaves, du seigneur sur ses censitaires." Le seul moyen d'échapper aux dispositions de cette loi était de se syndiquer.»<sup>37</sup>

Si les employeurs utilisent à cette époque, avec abondance, les recours de nature pénale, les salariés ont plutôt recours aux tribunaux de juridiction civile ordinaires pour recouvrer de leur employeur les sommes dues sur salaire ou découlant de dommages pour bris de contrat.<sup>38</sup>

Avec la codification du *Code civil du Bas-Canada*, la relation d'emploi devient donc limitée exclusivement aux règles contractuelles civiles. La prestation

---

35. M.-F. Bich, «Droit du travail québécois : genèse et génération» dans *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, H.P. Glenn, dir., Cowansville, Yvon Blais, 1992 à la p. 528.

36. *Acte concernant les maîtres et les serviteurs*, S.Q. 44-45 Vict. c. 15.

37. J.A. Dickinson, «La législation et les travailleurs québécois 1894-1914», (1986) 41 *Relations industrielles* 357 aux pp. 372-373.

38. M.-F. Bich, *ibid.* note 35 à la p. 526.

de travail est considérée comme un objet de transaction commerciale. La force de travail d'un individu se loue alors comme un immeuble.<sup>39</sup> Aucune règle ne limite les droits de l'employeur dans sa relation avec son engagé. Aucune obligation ne lui est non plus imposée. Il bénéficie de tous les droits lui permettant ainsi de soumettre le salarié à un véritable contrat d'adhésion<sup>40</sup> fondé sur la devise «à prendre ou à laisser». Jeammaud est toutefois d'avis, et nous le sommes aussi, que cette dénomination n'est plus d'actualité en raison de l'expansion de la réglementation étatique d'ordre public entourant la conclusion du contrat entre l'employeur et le salarié.<sup>41</sup> L'employeur ne peut dorénavant plus être considéré comme un véritable pollicitant, fixant lui-même les conditions du marché sur la stricte base de la liberté d'entreprise, justement parce qu'il se doit de tenir compte de toute cette réglementation entourant la conclusion du contrat d'emploi. Ainsi, Jeammaud n'a pas tort puisque toutes les interventions législatives en matière de relations du travail font en sorte qu'on s'éloigne de la définition civile du contrat d'adhésion formulée par Baudoin.<sup>42</sup> Nous sommes donc de plus en plus loin de ce caractère unilatéral de détermination des conditions de travail par l'employeur pollicitant, puisque ce dernier se doit de se conformer aux règles d'ordre public sous-jacentes à la conclusion du contrat de travail et constituant en quelque sorte les conditions exigées par le salarié.

---

39. *Ibid.* à la p. 528.

40. R. Couillard et G. Dostaler, *supra* note 3 à la p. 23.

41. A. Jeammaud, «Les polyvalences du contrat de travail» dans *Études offertes à Gérard Lyon-Caen, Les transformations du droit du travail*, Paris, Dalloz, 1989, 299 à la p. 302.

42. J.-L. Baudoin, *Les obligations*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970 à la p. 64 définissait comme suit le contrat d'adhésion : «Dans le contrat d'adhésion, le schéma ordinaire de l'accord des volontés n'existe plus. Il n'y a plus de liberté de discussion, de pourparlers, de compromis. La liberté contractuelle est réduite à sa plus simple expression et si le contractant garde encore un choix, ce choix se réduit à celui de contracter ou de ne pas contracter. Il n'est plus libre de discuter les conditions de son engagement. Dans le contrat d'adhésion, celui qui désire contracter doit accepter automatiquement toutes les clauses et conditions de la convention, puisqu'elles sont unilatéralement fixées par le pollicitant. Il est impossible donc de parler ici de véritable liberté contractuelle». F. Ewald, «Le droit du travail : une légalité sans droit?», [1985] *Droit social* 723 à la p. 726 reprend lui aussi le même principe du contrat d'adhésion en parlant de ce qu'était l'ancien contrat de louage : «Jusqu'à ce que les pratiques de la grande industrie fassent apparaître que la relation salariale ne pouvait s'analyser en termes d'échange de consentements égaux : le contrat de louage était un *contrat d'adhésion*, l'ouvrier en entrant à l'usine adhérait à un ordre sur les termes duquel il n'avait aucun droit de discussion ou de négociation. C'était à prendre ou à laisser. L'inégalité des contractants était telle qu'il y avait un déséquilibre manifeste dans les termes de l'échange».

Les rapports juridiques des parties à une relation de travail sont aussi régis par le principe de légalité des cocontractants énoncé en droit commun. Malgré cela il existe une «domination» de l'employeur sur l'employé en raison du pouvoir de subordination auquel est soumis le second envers le premier. Ainsi, il existe une distinction fondamentale entre le contrat civil pris dans son sens le plus général et le contrat de travail, puisque cette subordination détermine l'existence du contrat de travail et ce, parce qu'elle domine son exécution.<sup>43</sup>

C'est d'abord par l'adoption d'une première loi qui visait la protection physique des salariés les plus démunis de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, savoir les femmes et les enfants, que l'on peut concevoir une quelconque intention du législateur de déroger aux règles civilistes contractuelles. Ainsi, *l'Acte des manufactures de Québec*,<sup>44</sup> dont le but principal était de protéger la vie et la santé des personnes employées dans les manufactures par la fixation de certaines balises destinées à assurer un minimum de salubrité et de sécurité dans les établissements, est adopté au cours de l'an 1885.<sup>45</sup> Cette première loi touchant les relations de travail faisait suite à un rapport fédéral sur les conditions de fonctionnement des moulins et fabriques du Canada et sur la main-d'œuvre qui y était employée.<sup>46</sup> Dans l'optique de notre analyse, nous pouvons affirmer qu'il s'agit de la première intervention législative apportant une dérogation à la liberté contractuelle puisque cette loi prohibe, dans les manufactures, la conclusion de contrat de travail avec des enfants de sexe masculin âgés de moins de douze ans et ceux de sexe féminin âgés de moins de 14 ans.<sup>47</sup> Inspiré des lois européennes et en particulier des lois britanniques du début du siècle qui exigeaient que la faute de l'employeur soit prouvée avant de retenir la responsabilité de celui-ci, notre régime de protection du travail prit véritablement naissance avec *l'Acte des manufactures de 1885*. Dictant des normes sur l'aménagement et l'entretien des lieux de travail, l'âge et les heures de travail,

---

43. T. Revet, *supra* note 10 à la p. 859.

44. *Acte des manufactures de Québec*, S.C. 1885 48 Vict., c. 32 [ci-après *L'Acte des manufactures de Québec*].

45. A. C. Côté, «L'Acte des manufactures de Québec, 1885 – Un centenaire», (1985) 40 *Relations industrielles* 623 à la p. 624. Voir aussi B. Cliche, S. Lafontaine et R. Mailhot, *Traité de droit de la santé et de la sécurité au travail*, Cowansville, Yvon Blais, 1993 aux pp. 10-11.

46. A. C. Côté, *supra* note 45 à la p. 624.

47. *Ibid.* à la p. 625.

l'*Acte des manufactures* ne prévoyait cependant aucun recours spécifique pouvant sanctionner la responsabilité de l'employeur dans l'éventualité d'un accident de travail impliquant un salarié.<sup>48</sup> Il fallait par conséquent s'en remettre aux règles du droit civil :

«Le législateur confirmait donc que le régime juridique auquel était assujéti l'employeur en matière d'accidents de travail était le régime de droit commun, soit celui de la faute prouvée au sens de l'article 1053 du Code civil.»<sup>49</sup>

On énonçait une première dérogation aux règles contractuelles de droit commun, mais on demandait malgré tout aux tribunaux de cette même juridiction de trancher le litige.

Avant la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, le législateur québécois adoptait la *Loi concernant les établissements industriels*.<sup>50</sup> Elle avait notamment pour but d'assurer que l'environnement de travail du salarié soit conforme aux règles de sécurité et comprenne l'équipement le plus adéquat possible.<sup>51</sup> Mais encore là, la loi ne prévoyait aucun recours spécifique en cas de contravention si ce n'est quelques amendes ou autres peines modestes et pratiquement sans effet. Par conséquent, le

---

48. L'article 37 de l'*Acte des manufactures*, *supra* note 44 prévoyait en effet que : «Les dispositions des lois civiles de cette province concernant la responsabilité du patron envers son employé ne sont nullement considérées comme étant modifiées ou changées par les dispositions du présent acte.»

49. B. Cliche, S. Lafontaine et R. Mailhot, *supra* note 45 à la p. 11. La jurisprudence française alla même quant à elle jusqu'à utiliser les principes de la responsabilité civile engendrée par le gardien de la chose : Radé, C., *Droit du travail et responsabilité civile*, Paris, L.G.D.J. à la p. 1 : «Face au premier défi lancé par le machinisme, le droit civil n'avait tout d'abord qu'à opposer le principe de la responsabilité personnelle fondée sur l'obligation de prouver la faute de l'employeur. Or, la plupart des dommages causés aux travailleurs provenaient d'une défaillance mécanique ou d'un manque de maîtrise du travailleur; sans pouvoir engager la responsabilité personnelle du chef d'entreprise ou rassembler des témoignages pour faire condamner l'employeur, le salarié se voyait souvent contraint de supporter seul le poids du malheur qui l'accablait en le privant de sa seule source de revenus : sa force de travail. La jurisprudence civile réagit bien tardivement à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle en dégagant de l'article 1384, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil un principe général de responsabilité du fait des choses, reconnaissant ainsi à la victime le bénéfice d'une présomption de faute du gardien».

50. *Loi concernant les établissements industriels*, S.Q. 1894 57 Vict., c. 30.

51. *Ibid.*, art. 3021.



salarié devait s'adresser aux tribunaux de droit commun en appuyant sa réclamation sur les règles du droit civil.<sup>52</sup> On exigeait, pour que le travailleur ait gain de cause, qu'il fasse la démonstration de la faute de l'employeur. C'était l'époque du régime de la «faute prouvée»: «[l]e demandeur devra faire la preuve d'une faute quelconque imputable au patron ayant déterminé directement l'accident, ou, à défaut de cette preuve, il succombera dans sa demande».<sup>53</sup> Qui dit recours devant les tribunaux de droit commun dit aussi longs délais, longues procédures et déboursés importants.<sup>54</sup> Pour cette raison, au fil des ans, des pressions furent exercées pour qu'on apporte une modification au régime d'indemnisation des accidentés du travail. On reconnaissait en effet de plus en plus que la solution fournie par le *Code civil du Bas-Canada* à la question des indemnités en cas d'accident industriel et fondée sur le régime général de la responsabilité civile n'était plus en rapport avec les conditions de la production et du travail de l'époque.<sup>55</sup> D'un côté les patrons qui se plaignaient des nombreux procès intentés contre eux, des actions mêmes vexatoires qui pouvaient leur être signifiées, des indemnités arbitrairement accordées et des frais considérables engendrés par un tel système.<sup>56</sup> De l'autre côté, les ouvriers qui se plaignaient de la lenteur du système, des difficultés de preuve et du risque de se voir placés dans une situation de misère alors que l'accident, même survenu par cas fortuit, était malgré tout survenu dans le cadre de leur prestation de travail réalisée pour le profit de l'employeur.<sup>57</sup> De surcroît, il y avait aussi pour les travailleurs des déboursés souvent astronomiques à supporter en regard des salaires versés à cette

---

52. B. Cliche, S. Lafontaine et R. Mailhot, *supra* note 45 à la p. 13 : «Les victimes des accidents de travail résultant directement ou indirectement de contraventions aux normes édictées devaient poursuivre en justice leur employeur en vertu du droit commun, et prouver sa responsabilité, afin d'obtenir réparation.»

53. J.C. Lamothe, *Responsabilité du patron dans les accidents du travail*, Montréal, Carswell, 1905 au par. 30.

54. *Ibid.* aux par. 235-237.

55. *Rapport de la Commission sur les accidents du travail* Québec, Imprimeur de la Reine, 1908 à la p. 39. La situation, sous le régime juridique français était semblable selon les propos du professeur Radé de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, *Droit du travail et responsabilité civile*, *supra* note 49 à la p. 1 : «Cette suspicion nourrie contre le droit commun est née du double constat de l'impuissance du droit civil à apporter des réponses satisfaisantes aux défis de la société industrialisée installée en France dans la seconde moitié du dix-neuvième siècle».

56. *Rapport de la Commission sur les accidents du travail*, *ibid.* à la p. 41.

57. *Ibid.* à la p. 42.

époque<sup>58</sup>. Une réforme était donc nécessaire. Ainsi, à la lumière de ce qui pouvait se passer à l'étranger, la tendance préconisée par les différents intervenants au système d'indemnisation des accidents du travail se rattachait de plus en plus au concept du «risque professionnel et celui du forfait» abandonnant ainsi, pour la majeure partie du nouveau régime, les concepts de la responsabilité civile du droit commun :

«Cette solution combine deux principes : celui du risque professionnel et celui du forfait. Le droit commun continue à s'appliquer aux autres catégories d'accidents non comprises dans le droit nouveau et même dans les cas couverts par le risque professionnel, lorsque l'accident du travail est causé par la faute intentionnelle de l'ouvrier et du patron. Lorsque l'accident est dû à la faute inexcusable de la victime ou du chef de l'établissement ou de ses préposés, l'indemnité forfaitaire peut être diminuée ou augmentée suivant le cas, par les tribunaux, dans une certaine proportion déterminée. Le droit nouveau ne couvre que les accidents industriels survenus par le fait du travail, ou à l'occasion du travail. L'ouvrier a droit à l'assistance judiciaire qui lui permet de plaider sans être contraint de faire aucun déboursé pour ester en justice. L'indemnité est déclarée insaisissable et garantie par un privilège sur tous les biens meubles et immeubles du patron, à moins que ce dernier verse le capital requis dans une compagnie d'assurance approuvée, pour assurer le versement des indemnités exigibles. Toute convention à l'effet de modifier la responsabilité décrétée par la législation nouvelle, est nulle, comme contraire à l'ordre public. Le recours de la victime ou de ses

---

58. J.C. Lamothe, *supra* note 53 à la p. 117. Dans un article publié en 1943, l'auteur Jean Nadon, alors récipiendaire d'un prix pour sa publication, énonçait dans son article «*Législation des accidents du travail*», [1943] 3 R. du B. 13 à la p. 15 que les principaux griefs soulevés à l'encontre du système d'indemnisation des accidents du travail étaient les suivants : «Par les ouvriers : 1. La faute du patron, déjà difficile à prouver en soi, l'était encore davantage en pratique, par suite de la nécessité d'invoquer, contre le patron, le témoignage des co-ouvriers. 2. La statistiques prouvaient que dans au moins 50 pour 100 des accidents le cas fortuit enlevait tout recours à l'ouvrier. 3. Ce dernier ne pouvait pas, par suite de ses ressources limitées, suivre l'action dans les diverses cours d'appel : un jugement final, même favorable, ne survenait souvent que plusieurs années après l'institution de l'action. Les patrons eux, se plaignaient : 1. D'être responsables de la moindre erreur de leurs subordonnés; 2. Du fait que les jurés civils, pour des raisons de sentiment, étaient presque toujours favorables à l'ouvrier; 3. D'être exposés à des réclamations vexatoires pour des montants exagérés, dont les frais, même au cas de succès retombaient souvent sur eux».

ayants-droits se prescrit par un an, à compter de l'accident. La procédure est simplifiée et plus expéditive. Le patron supporte les frais funéraires pour un montant déterminé, dont le recouvrement est soumis à une procédure spéciale. Le jugement est rendu exécutoire, nonobstant opposition ou appel.

Telles sont les grandes lignes de cet important projet de loi qui a été proposé à la législature de Québec, et dont l'adoption constituerait une excellente innovation sur notre droit actuel».<sup>59</sup>

Donc, il n'était plus nécessaire de faire la preuve d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité, tel que nous l'enseigne le régime de droit commun de la responsabilité civile.

Ainsi le législateur adopta la *Loi concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail, et la réparation des dommages qui en résultent*.<sup>60</sup> La loi ne couvrait que les employés de certaines industries et ne s'appliquait pas aux travailleurs autonomes. De plus, la loi ne couvrait pas les maladies professionnelles. Bien que n'exigeant plus du travailleur qu'il fasse la preuve de la responsabilité de l'employeur<sup>61</sup> et ce, contrairement au système en vigueur sous le droit civil,<sup>62</sup> cette nouvelle législation le forçait malgré

---

59. J.C. Lamothe, *ibid.* au par. 246 aux pp. 122-123. Pour une analyse complète de la notion de «risque professionnel», voir F. Lord, *Le risque professionnel, ouvrage pratique et théorique*, éd. rev. Trois-Rivières (Qc), 1999.

60. *Loi concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail, et la réparation des dommages qui en résultent*, S.Q. 1909 9 ED.VII, c. 66 [ci-après *Loi concernant les responsabilités des accidents*].

61. *Ibid.*, art. 14. F.P. Walton, *The Workmen's Compensation Act 1909 of the Province of Quebec*, Montréal, John Lovell & son, 1910 à la p. 22 : «The Workmen's Compensation Act 1909, is a frank acceptance of the new principle of "professional risk"».

The theory of professional risk has been the subject of much discussion during the five and twenty years in almost all the countries of Europe, and, as will be shewn presently, has now been accepted in most of these countries.

It rests upon the simple idea that every workman is entitled to compensation for injury caused to him by an accident in the course of this work, quite apart from the consideration whether the accident was caused by fault on the part of the employer».

62. F. P. Walton, *ibid.* à la p. 11, où l'auteur y décrit bien la situation avant l'entrée en vigueur de cette loi : «The plaintiff had to prove that there had been fault on the part of the employer, or of some one for whom he was responsible, and that this fault caused the injury. The rule was thus formulated in a leading case : - There can be no responsibility on the part of an

tout à faire valoir ses droits devant les tribunaux de droit commun<sup>63</sup> et cela même si les règles de la responsabilité civile de ce même droit commun étaient exclues de ce type de recours lorsque la loi accordait une indemnité à la victime de l'accident.<sup>64</sup> Cette loi permettait malgré tout au salarié d'exercer un recours de droit commun contre le véritable auteur du dommage.<sup>65</sup> Cependant, comme ce système manifestait certaines lacunes<sup>66</sup> le gouvernement du Québec adoptait en 1928 la *Loi relative aux accidents du travail*<sup>67</sup> qui instaurait un système d'indemnisation administré par la Commission des accidents du travail<sup>68</sup> et rendait les employeurs collectivement responsables des accidents du travail de même que de maladies professionnelles déterminées. Certains, dans un esprit d'une rigueur civiliste incontournable, contestaient cette modification sous prétexte qu'elle servait mal, selon eux, les intérêts de l'ouvrier puisqu'elle lui enlevait le droit indiscutable d'avoir recours aux tribunaux de droit commun pour obtenir réparation.<sup>69</sup> D'autres opposants étaient d'avis qu'en raison du fait qu'une enquête était nécessaire pour décider de l'indemnité à être versée au travailleur, seul le tribunal émanant du système judiciaire de droit commun possédait les qualités requises pour la prise de ce type

---

employer for injuries sustained by an employee in the course of his employment unless there be "direct evidence, or weighty, precise and consistent presumptions arising from the facts proved, that the accident was actually caused by the positive fault, imprudence or neglect of the person sought to be charged with responsibility"».

63. E. Tobin, «Financement de la santé et paritarisme» dans R. Blouin, dir., *Les lésions professionnelles*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1987 à la p. 253. *Loi concernant les responsabilités des accidents*, supra note 60, art. 21 : «La Cour supérieure et la Cour de circuit connaissent de toute demande et de toute contestation résultant de la présente loi, conformément à la juridiction qui leur est attribuée respectivement par la Code de procédure civile».

64. *Mongeau c. Fournier*, (1924) 37 B.R. 52 à la p. 55.

65. *Loi concernant les responsabilités des accidents*, supra note 60, art. 14. Voir à cet effet, *Jeffrie c. Commissaires du Havre de Québec*, 1926 32 R.L. 116 à la p. 128.

66. E. Tobin, supra note 63 à la p. 254, où l'auteur parle de la contestation judiciaire, de l'existence d'intermédiaires comme les avocats et les compagnies d'assurances, des retards dans le paiement d'indemnité de même que le fait qu'on ne traitait pas des maladies professionnelles.

67. *Loi sur les accidents du travail*, S.Q. 1928, 18 Geo. V, c. 79, modifié en 1931 par la *Loi des accidents du travail*, S.Q. 1931, 21 Geo. V, c. 100.

68. *Loi concernant la Commission des accidents du travail*, S.C. 1828, 18 Geo. V, c. 80, modifié en 1931 par S.C. 1931, 21 Geo. V, c. 101.

69. A. Lemieux, «Quelques considérations sur la "Loi des accidents du travail"», (1923-1924) 3 R. du D. 97 à la p. 98.

de décisions.<sup>70</sup> Pour contourner les inlassables délais procéduriers, ces protagonistes suggéraient d'adapter le système judiciaire en fonction des besoins de célérité de cette nouvelle loi.<sup>71</sup>

Malgré cette opposition, le législateur confia en exclusivité à la Commission des accidents du travail la compétence pour administrer, interpréter et appliquer la législation relative aux accidents du travail<sup>72</sup> et écartait par la même occasion tout recours de droit commun devant les tribunaux civils.<sup>73</sup> Non seulement le législateur dérogeait-il au système de responsabilité de droit commun, mais en plus suivait-il sa logique en écartant les tribunaux de droit commun du pouvoir décisionnel en la matière.<sup>74</sup> Cependant, comme la loi n'était pas d'application générale, à savoir qu'elle était limitée à des secteurs bien précis d'activités,<sup>75</sup> les travailleurs non assujettis conservaient alors leur recours civils devant les tribunaux de droit commun.<sup>76</sup> Le principe de l'exclusivité juridictionnelle limitée de la Commission des accidents du travail fut maintenu par le législateur pendant plusieurs années.

---

70. Lex, «Notre loi des accidents du travail», [1927-28] 6 R. du D. 5 à la p. 9. Dans la même ligne de pensée, L. Pélland, *Causerie du directeur*, (1929-1930) 8 R. du D. 513 aux pp. 514-515, suggérait lui aussi le respect juridictionnel des tribunaux de droit commun en la matière sous prétexte que nos juges étaient assez compétents en la matière et que ce serait leur faire outrage que de leur substituer cette juridiction indemnitaire.

71. Lex, *ibid.* à la p. 10.

72. *Loi sur la Commission des accidents du travail*, *supra* note 68, art. 11, 12 et 29. L. Pelland, «Notre législation sur les accidents du travail», [1928-29] 7 R. du D. 536 à la p. 552.

73. *Loi concernant le droit de poursuite dans les cas couverts par la Loi des accidents du travail*, 1931, S.Q. 1933, 23 Geo. V, c. 106, art. 1 : «Le Code civil est modifié en y ajoutant après l'article 1056, le suivant : 1056 a. : "Nul ne peut exercer devant les tribunaux de la province, les recours prévus par ce chapitre, s'il s'agit d'un cas couvert par la Loi des accidents du travail, 1931".» Bien que cette disposition fut modifiée à quelques reprises par la suite, le principe demeura le même : *Loi modifiant le Code civil relativement au droit de poursuite dans les cas couverts par la Loi des accidents du travail*, 1931, S.Q. 1935, c. 91, art. 1 et *Loi modifiant le Code civil*, S.Q. 1941, 5 GEO VI, c. 67, art. 1. Pour l'application du principe de l'exclusivité juridictionnelle de la Commission des accidents du travail suite à la modification apportée au Code civil, voir *Lauzon c. Montréal (Cité de)*, [1948] R.P. 270 à la p. 272; *Caron c. Bernier*, 42 R.P. 269; *Vincent & Co. c. Gallo*, [1944] B.R. 202 à la p. 205; *Worswick c. Canadian National Railways*, 46 R.P. 9 à la p. 12.

74. Toutefois, la preuve à faire devant la Commission, sous l'égide de cette loi, était régie par les mêmes règles que dans toute autre cause, à l'exception de l'élément de faute qui en était éliminé : *St-Aubin c. Can. Benedict Stone*, 29 R. de J. 238 à la p. 252.

75. *Loi des accidents du travail*, *supra* note 67, art. 3.

76. *Ibid.*, art. 8 : «La présente loi n'enlève aucun des recours de droit commun appartenant aux personnes qui ne peuvent se prévaloir de ses dispositions».

Bien qu'en élargissant la couverture du régime des accidents du travail à d'autres travailleurs et à d'autres entreprises, le recours de droit commun demeurerait toujours utile pour ceux qui n'étaient pas couverts par les dispositions améliorées de ce régime d'indemnisation.<sup>77</sup> Il en était de même pour des lésions professionnelles liées à l'exécution du travail et qui ne constituaient pas des accidents du travail au sens de la Loi.<sup>78</sup>

À la même époque et suite à la grève dans l'industrie de la chaussure à Québec, vers la fin de l'année 1900, le législateur provincial adopte une autre loi qui allait modifier grandement le domaine des relations collectives de travail : la *Loi des différends ouvriers de Québec*.<sup>79</sup> M<sup>gr</sup> Bégin, alors Archevêque de Québec, fut mandaté par le premier Ministre Gouin pour régler le conflit qui perdurait entre les cinq mille travailleurs de l'industrie de la chaussure et leur employeur. L'archevêque Bégin régla en partie le conflit en suggérant aux travailleurs de ne pas tenir d'assemblées et en exigeant des patrons de rouvrir leurs usines en échange de la création d'un conseil de conciliation et d'arbitrage chargé de trouver une solution au différend qui opposait les parties. Cette proposition formulée par l'Archevêque et inspirée du système français<sup>80</sup> eut l'air de plaire aux parties qui acceptèrent et ce, «après avoir reconnu le principe que le droit d'association est naturel à l'homme».<sup>81</sup> Le principe défendu par l'Église catholique et à l'effet que de cette façon, les

---

77. En effet, les amendements apportés à la *Loi des accidents du travail*, *ibid.*, au cours de l'année 1931 jusqu'à sa refonte en 1964 prévoyaient toujours que le recours juridictionnel compensatoire devait être exercé devant la Commission des accidents du travail sauf pour les personnes non assujetties qui, quant à elles, conservaient leur recours devant les tribunaux de droit commun : *Loi des accidents du travail*, S.Q. 1933, 21 Geo. V, c. 100 art. 13 et *Loi des accidents du travail* S.R.Q. c. 159, art. 13.

78. *Odesse c. Robertson*, 33 R.J. 197 à lap. 198; *Chillas c. Corporation des sœurs de l'Assomption de la bienheureuse Vierge-Marie*, 45 R. L. 132 à la p. 133.

79. *Loi des différends ouvriers de Québec*, S.Q. 1901, 1 Ed. 7, c. 31.

80. M.-L. Beaulieu, *supra* note 14 aux pp. 95-96.

81. J. Guilbeault, *Les lois québécoises de conciliation et d'arbitrage – Avant propos*, (1951) 11 R. du B. 221 à la p. 234. Toutefois, si cette solution avait l'air de plaire aux parties impliquées dans le litige, il en était tout autrement des unions internationales qui régnaient alors dans notre province. Comme nous le souligne Guilbeault : «Elles virent donc d'un mauvais œil la part que M<sup>gr</sup> Bégin avait prise dans la solution de ce conflit. Les chefs de ces unions redoutaient l'intrusion du clergé dans les associations ouvrières. C'est pourquoi ils [sic] demandèrent au cabinet provincial de l'époque de voter une loi qui permettrait à ce dernier de créer un organisme de conciliation et d'arbitrage qui s'efforcerait de solutionner les différends ouvriers qui surgiraient dans le futur.»

relations patronales-syndicales ne devaient jamais cesser d'être amicales, était alors consacré.<sup>82</sup> Cependant, encore ici, on portait atteinte au libéralisme économique de l'employeur en permettant qu'un tiers, l'arbitre de différend puisse intervenir à l'intérieur de la relation contractuelle établie entre la collectivité des salariés et leur employeur.

Au palier fédéral, il faut également nous reporter aux débuts des années 1900 pour voir poindre le véritable début de la législation industrielle sous cette juridiction. Quoique embryonnaire, la législation fédérale du début du siècle visait notamment à régler les différends industriels, les salaires raisonnables et le repos dominical. À cet effet, le gouvernement fédéral adopta quatre lois d'importance. D'abord en 1900, où il adopta *L'acte à l'effet d'aider à prévenir les conflits ouvriers et de pourvoir à la publication de la statistique industrielle*<sup>83</sup> qui «prévoyait la nomination d'un "aimable compositeur" ou d'un "conseil de conciliation" à la discrétion du ministre, s'il appréhendait un conflit ouvrier».<sup>84</sup> Cette loi fut suivie de *L'Acte à l'effet de faciliter l'accommodement des différends entre les compagnies de chemins de fer et leurs employés*.<sup>85</sup> Ces deux lois furent fusionnées pour donner naissance en 1906 à la *Loi de la conciliation et du travail*<sup>86</sup> pour être finalement remplacée en 1907 par la *Loi des enquêtes en matière de différends industriels*.<sup>87</sup> Cette dernière loi avait pour objectif de favoriser le règlement des différends par le renvoi du dossier à un arbitre tout en interdisant le droit de grève ou de contre-grève pendant l'enquête arbitrale.

Toujours à l'intérieur de ces deux décennies de fin et de début de siècle, le législateur fédéral adopta aussi, en 1900, le décret visant à s'assurer que tout contrat gouvernemental renferme des dispositions pour assurer des gages raisonnables aux employés et procéda, en 1906, à l'adoption de l'*Acte concernant l'observance du*

---

82. J. Rouillard, *Histoire du syndicalisme au Québec*, Montréal, Boréal, 1989 à la p. 111.

83. *L'acte à l'effet d'aider à prévenir les conflits ouvriers et de pourvoir à la publication de la statistique industrielle* S.C. 1900, 63-64 Victoria, chap. 24.

84. J. A. Dickinson, *supra* note 37 à la p. 359.

85. *L'Acte à l'effet de faciliter l'accommodement des différends entre les compagnies de chemins de fer et leurs employés*, S.C. 1903, 3 ED. VII, c. 55.

86. *Loi de la conciliation et du travail*, S.R.C. 1906, c. 96 [ci-après *Loi de la conciliation et du travail*].

87. *Loi des enquêtes en matière de différends industriels*, S.C. [1907] 6-7 ED. VII, c. 20; S.R.C. 1927, c. 112 [ci-après *Loi des enquêtes en matière de différends industriels*].

*dimanche*<sup>88</sup> qui avait pour but de garantir à tous les travailleurs une journée de repos par semaine. Comme on le constate, l'ensemble de cette nouvelle législation engendrait des modifications majeures à la liberté d'entreprise de l'employeur, en reconnaissant d'une part, le pouvoir d'un tiers, l'arbitre, de décider du contenu d'un conflit de travail ou encore de restreindre l'horaire de travail déterminé par le pouvoir de gérance de l'employeur.

Il nous fallut par la suite attendre le début de la première guerre mondiale pour que la croissance de la législation industrielle se poursuive. Bien que cette époque de 1894 jusqu'au début de la première guerre mondiale corresponde dans l'histoire à une prise de conscience des différents problèmes engendrés par l'industrialisation, les prises de position ponctuelles des législateurs canadien et québécois et leur manque de coordination provoquèrent un retard marqué dans le développement législatif industriel par rapport aux autres pays industrialisés. Dickinson résume bien la situation :

«La situation s'améliora lentement, mais sans que les législateurs canadiens fassent preuve d'originalité. Les lois importantes étaient d'inspiration étrangère : les lois des manufactures venaient d'Angleterre, la loi des différends nous arrivait de la Nouvelle-Zélande et celles des accidents du travail de la France. Les lois adoptées au Québec avant 1914 constituaient un ensemble assez riche pour le Canada de l'époque, mais plusieurs secteurs sociaux économiques étaient complètement négligés : l'agriculture, la domesticité, les industries forestières et minières demeuraient sans protection tandis que les travailleurs de la construction et du transport bénéficiaient de peu d'avantages.

[...]

Néanmoins, c'est entre 1894 et 1914 que les législateurs canadiens et québécois commencèrent à prendre conscience des problèmes engendrés par l'industrialisation et à établir un système législatif capable d'encadrer la croissance industrielle. La réponse gouvernementale était ponctuelle; les hommes politiques agissaient avec un certain retard devant des situations déjà critiques et tentaient de mettre en place des mécanismes pour gérer la croissance sans la freiner. Aucune volonté politique ne se manifeste pour

---

88. *Acte concernant l'observance du dimanche*, S.C. [1906] 6 ED.VII, c. 27



créer de nouvelles structures afin de doter le pays d'un système cohérent de mesures capables d'assurer au travailleur une "impression de sécurité".»<sup>89</sup>

Toutefois, à la décharge de cette critique et avec un certain recul historique, nous pouvons souligner que les relations de travail étant liées au dynamisme de la conjoncture technologique, industrielle, économique et politique, il est peut-être normal de constater une certaine lacune dans le développement législatif lié particulièrement au développement rapide de cette nouvelle société industrielle.<sup>90</sup>

La principale cause du retard du développement législatif repose sur la résistance formulée par les «traditionalistes», c'est-à-dire ceux dont les privilèges, ou les droits acquis, se voyaient modifiés par ces nouvelles dispositions législatives à caractère social. C'est le débat droit bourgeois (droit civil) contre droit ouvrier (droit du travail).<sup>91</sup> Comme le droit civil favorise les intérêts de l'employeur dans le cadre de la relation de travail et puisque ce droit n'accorde aucune protection au travailleur, la principale opposition à tout changement législatif quel qu'il soit ne

---

89. J. Dickinson, *supra* note 37 aux pp. 375-376. M.-L. Beaulieu, «Les rapports collectifs du travail», (1958) 18 R. du B. 413 à la p. 427, faisait lui aussi le même constat dans un article publié en 1958 : «Le droit du travail est fragmentaire, dit-on. Cette caractéristique est particulièrement vraie de notre droit provincial. Il est apparu par tranche, sous l'impulsion de besoins, besoins de protéger la classe ouvrière, besoins de rencontrer les problèmes créés par les relations entre employeurs et employés, en particulier dans la grande industrie. Il est aussi né sous la pression de l'opinion publique». Voir aussi J. Bernier, *La législation québécoise en matière de relations du travail 1968-1976*, (1976) 31 Revue des relations industrielles 617 à la p. 624. Selon Bernier, le même phénomène s'appliquait aussi au début des années 1960 : «De ce rapide tour d'horizon, il se dégage d'abord que depuis l'adoption du Code du Travail en 1964, les interventions du législateur québécois ont été le plus souvent ponctuelles, visant à faire face à des situations considérées comme urgentes.» F. Morin, dans un rapport intitulé *Un véritable code du travail – un projet réalisable*, Québec, Éditeur Officiel, 1984, constate en p. 8, que «Le motif le plus apparent, le plus connu et au sujet duquel on retrouve la plus grande unanimité en faveur de la codification serait sans doute la présence actuelle d'une masse hétéroclite, éparse et confondante de lois du travail». Ainsi, relate-t-il, de 1940 à 1985, le gouvernement provincial a adopté plus de 115 lois du travail et ce, exception des lois spéciales nécessaires à la solution de certains conflits de travail.

90. F. Morin, *ibid.* à la p. 13.

91. M.-F. Bich, *supra* note 35 aux pp. 541-542.

pouvait provenir que de cette tranche de la société.<sup>92</sup> Ainsi, étant donné que la solution à un problème juridique ne peut être apportée que lorsque ceux qui sont touchés en font la revendication, il y a donc souvent un décalage important entre les premières manifestations requérant la modification à une règle juridique et l'adoption de cette modification.<sup>93</sup>

D'autres facteurs s'ajoutent à cette lenteur du développement législatif. Perreault en identifie quatre. D'abord l'attachement au droit français dont la survie était menacée par l'intrusion dans notre droit de principes de droit anglo-saxon ou américain. Considérant que le droit civil constitue au côté de la langue et de la religion un legs indéniable, c'est autour de cet argument que se forme l'opposition de la communauté juridique.<sup>94</sup> Deuxièmement la survenance tardive de la révolution industrielle au Québec par rapport à ce qui s'était produit dans les autres provinces et aux États-Unis. Troisièmement, l'émigration massive de canadiens-français vers les États-Unis pendant près de soixante-quinze ans, ce qui eut pour effet de diminuer la solidarité collective de cette nation. Enfin, l'isolation du travailleur canadien-français qui, par la perte de ses habitudes sociales anciennes, s'est rapidement prolétarisé au détriment de sa culture.<sup>95</sup>

---

92. J. Pélessier, «Droit civil et contrat individuel de travail», [1988] *Droit social* 387 à la p. 388, mentionne toutefois qu'aujourd'hui cette affirmation est de moins en moins véridique : «Les auteurs nuancent maintenant leurs affirmations. Ils estiment pour la plupart qu'il est simplificateur d'affirmer que le contrat de travail est toujours favorable au salarié et que le droit civil est toujours favorable à l'employeur, qu'il est également simplificateur de vouloir opposer le droit ouvrier au droit bourgeois».

93. J. Perreault, *supra* note 1 aux pp. 127-128.

94. S. Normand, «Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : La sauvegarde de l'intégrité du droit civil, [1987-88] 32 R.D. McGill 559 à la p. 569. De surcroît, il n'y a pas que dans le secteur des relations de travail que le renouvellement législatif se fait tirer l'oreille. Pensons à l'opposition formulée autour de la possibilité de créer des tribunaux de divorce et qui s'appuyait sur la conception de l'ordre social et sur la subordination de l'État à l'Église en cette matière (p. 587); ou encore la résistance démontrée à l'adoption de la *Loi de faillite* sous prétexte que cela constituait une ingérence dans le droit civil par l'introduction d'un nouveau mode d'extinction des obligations (p. 588); et finalement la réticence à accepter l'instauration d'un régime de pensions de vieillesse en raison du fait que cela porterait atteinte à des valeurs fondamentales de la société québécoise qui veulent que les enfants portent aide à leurs parents (p. 594).

95. J. Perreault, *supra* note 1 aux pp. 130-132.

Malgré ces lacunes, la province de Québec poursuivait quand même son adaptation à l'industrialisation. Ainsi, comme le dit Roback, «à la structure industrielle existante, constituée principalement de textiles, du vêtement, de la chaussure, du tabac, des fabriques de beurre et de fromage, des moulins à scie et des moulins à grain vinrent s'ajouter dans une croissance rapide; les pouvoirs hydro-électriques et de nouvelles industries qui profitèrent largement de l'électricité à bon marché et des ressources naturelles. Ce fut le cas des industries de la pulpe et du papier, de la chimie lourde et de la métallurgie». <sup>96</sup> À cela s'ajoute le fait que les agriculteurs, forts d'une nouvelle spécialisation dans leur domaine disposent de meilleurs revenus et sont donc appelés à se procurer de plus en plus de biens manufacturés. <sup>97</sup>

Initialement cette croissance industrielle eut pour effet de provoquer une mobilité démographique importante vers les grands centres. <sup>98</sup> Les gens, non seulement quittaient les milieux ruraux, mais accouraient aussi de l'Europe à la recherche d'emploi rémunérateur. Cependant en raison de leur manque de spécialisation, les ouvriers francophones notamment se trouvèrent à former la classe ouvrière souvent surexploitée, laissant aux travailleurs d'origine anglaise, (langue de travail dans les plus grandes entreprises et langue de travail dans le milieu des affaires), les postes de direction qui correspondaient évidemment à une meilleure rémunération.

Particulièrement dans notre province, les ressources naturelles considérables et, comme le souligne Roback, «la main-d'œuvre à bon marché que fournissaient les mères prolifiques du Québec, dans leur docilité aux enseignements de l'Église» <sup>99</sup> constituaient pour les investisseurs étrangers des attraits importants pour la mise sur pied de nouvelles usines. Malgré ces développements dans l'industrie, le

---

96. L. Roback, «Les travailleurs du Québec au XX<sup>e</sup> siècle», (1985) 40 Relations industrielles 826.

97. J. Rouillard, *supra* note 82 à la p. 39.

98. *Ibid.* aux pp. 12 à 14. Cette tendance connu un virage lorsque la colonisation de l'Ouest canadien eut pour effet d'ouvrir de nouveaux marchés aux biens manufacturés du Québec et que la demande américaine permis un apport d'investissement dans le secteur des richesses naturelles, faisant en sorte que les principales industries s'installèrent à proximité des lieux d'exploitation des ressources, ce qui provoqua un mouvement d'industrialisation inverse, c'est-à-dire vers l'extérieur des grands centres urbains. Voir *ibid.* à la p. 71.

99. L. Roback, *supra* note 96 à la p. 834.

québécois, surtout le francophone, développait une culture de pauvreté caractérisée à la fois par des revenus qui ne dépassaient pas le seuil de subsistance et par l'absence d'une certaine sécurité d'emploi.<sup>100</sup> Ce qui, sans empêcher le développement législatif industriel, l'a considérablement retardé.

Mais le phénomène de l'industrialisation n'a pas eu que des effets négatifs pour les travailleurs. Il les a sensibilisés à l'intérêt de se regrouper collectivement afin de faire valoir leurs revendications auprès de l'employeur.<sup>101</sup> Malgré cela, ils faisaient face à un problème de taille, soit celui de la reconnaissance légale de ce regroupement aux yeux de la classe patronale.<sup>102</sup> Il n'y a pas que chez nous que l'industrialisation a eu de tels effets. Elle a aussi favorisé chez les travailleurs d'autres nations le développement de la pensée syndicale, laquelle est souvent un outil essentiel à l'amélioration des conditions de travail.<sup>103</sup> De plus en plus, les relations du travail évoluèrent dans le sens de la collectivité des travailleurs : «Progressivement, des relations se sont établies entre employeurs et salariés, dépassant le cadre d'homme à homme. À la notion d'individu, s'est superposée graduellement la notion de groupe.»<sup>104</sup> De plus en plus, les rapports de travail jusqu'à personnels entre l'employeur et le salarié devinrent de plus en plus des rapports collectifs.<sup>105</sup> Ce qui, encore là, tranchait avec la règle civiliste contractuelle, à l'effet

---

100. *Ibid.* à la p. 835.

101. P. Fontaine, *supra* note 4 à la p. 472.

102. Il ne faudrait pas conclure de cet énoncé qu'il s'agissait là d'une constatation générale. En effet, de par l'adoption de la *Loi sur les syndicats professionnels*, le législateur, en plus de permettre la reconnaissance du statut juridique du groupement de travailleurs, accordait aussi à ces groupements le droit de conclure une convention collective avec l'employeur si ce dernier y consentait. Toutefois, l'employeur n'avait pas l'obligation de le faire et il fallut attendre jusqu'à l'adoption de la *Loi des relations ouvrières* pour voir cette obligation sanctionnée par le législateur. J. Guilbault, «Lois québécoises de conciliation et d'arbitrage, III. Période 1944-1948», (1951) 11 R. du B. 329 à la p. 350 : «Après avoir reconnu la liberté pour les employeurs et pour les salariés d'appartenir à une union, la nouvelle législation oblige tout employeur à reconnaître, comme agence de négociations, une union qui réunit plus de 60% de ses employés et à négocier avec elle une convention collective de travail».

103. R. H. Mankiewicz, «The concept and development of labour law», [1950] 5 Industrial Relations Bulletin 83 à la p. 86.

104. É. Colas, «Les tribunaux du travail» dans Département des relations industrielles et de la Faculté des sciences sociales de l'Université Laval, *Le règlement des conflits de droit*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1954, 73 à la p. 76.

105. J. Donato, «Le Liban et sa législation du travail», (1952) 65 Revue internationale du travail 67 à la p. 79.

que seules les parties contractantes peuvent être liées par les termes d'un contrat. L'un des objectifs de cette manifestation collective était évidemment de faire prendre conscience des besoins essentiels des travailleurs dans l'amélioration des conditions de travail. Le mouvement était d'ailleurs international.<sup>106</sup> Comme le Canada et le Québec, d'autres nations ont reconnu le besoin pressant de lutter contre la pauvreté en améliorant les conditions de travail des individus. C'est pourquoi, dans l'un des textes fondamentaux de l'Organisation Internationale du Travail (OIT), soit la constitution de 1919, la communauté internationale a reconnu que la lutte contre le chômage faisait partie des mesures qui visaient à améliorer des «conditions de travail impliquant pour un grand nombre de personnes l'injustice, la misère et les privations, ce qui engendre un tel mécontentement que la paix et l'harmonie universelles sont mises en danger».<sup>107</sup> Malgré cet énoncé, ce n'est que quelques années plus tard, que l'Assemblée générale des Nations Unies adoptait, dans sa déclaration universelle, un article qui proclamait le droit de toute personne à des conditions de travail équitables et satisfaisantes.<sup>108</sup>

Bien que les premières décennies du XX<sup>e</sup> siècle aient été caractérisées par un nombre grandissant d'adhésions au mouvement syndical ainsi que par le déclenchement de plusieurs grèves, la première guerre mondiale, quoique marquant une certaine interruption dans l'évolution des relations du travail en raison de l'importance de son impact sur la vie de tous les jours, constitue une autre étape importante dans l'évolution juridique du monde industriel.<sup>109</sup> Les relations du travail

---

106. P. Rivière, «Le Code du travail de la France d'outre-mer», (1953) 68 *Revue internationale du travail* 247 aux pp. 251-252.

107. J. Mayer, «La notion de droit au travail dans les normes internationales et dans la législation des États Membres de l'OIT», (1985) 124 *Revue internationale du travail* 237 à la p. 238.

108. *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Rés. A.G. 217 (III), Doc. off. A.G.N.U. 3<sup>e</sup> sess. à la p. 71, Doc. N.U., A/810 (1948), art. 23 par. 1.

109. M. Wallin, *supra* note 12 à la p. 64: «Ce n'est pas un paradoxe de dire que la première guerre mondiale a, politiquement et socialement mis fin au XIX<sup>e</sup> siècle. Le passage brutal d'une économie de paix à une économie de guerre avait provoqué la rupture du système économique international dès le début des hostilités [...] et rendu nécessaire la formation d'économies isolées. [...] [On a donc modifié les règles de l'activité économique en répartissant] mieux les denrées, les matières premières et la main-d'œuvre. [...] Les difficultés de la remise en marche de l'économie d'après-guerre et les revendications d'une classe ouvrière mieux organisée et rendue consciente de sa force n'allaient qu'accroître l'intervention du gouvernement sur les questions du travail et imposer la mise sur pied d'une administration nationale spécialisée».

d'après-guerre se devaient, selon les revendications des salariés, de constituer un juste retour des choses au regard des sacrifices qu'ils s'étaient imposés durant cette première guerre mondiale. D'ailleurs, ce commentaire formulé en 1921 par les autorités du Bureau international du travail bien que portant sur la situation prévalant en Europe confirme cet énoncé par rapport au contexte canadien et québécois :

«Le mouvement qui s'est manifesté dans toute l'Europe, après la guerre, comme conséquence de la suppression des obligations et des restrictions que celle-ci avaient imposées, a certainement contribué pour une grande part à la législation du travail dans les pays européens. Les ouvriers, qui s'étaient soumis à de longues heures de travail et qui n'avaient pas protesté contre la perte de leur liberté individuelle tant que la guerre avait duré, les soldats eux-mêmes qui avaient supporté toutes les souffrances des tranchées, demandèrent, dans tous les pays, des conditions de travail plus humaines.»<sup>110</sup>

Le XIX<sup>e</sup> siècle se terminait donc avec cette première guerre mondiale et «les difficultés de la remise en marche de l'économie d'après-guerre et les revendications d'une classe ouvrière mieux organisée et rendue consciente de sa force n'allaient qu'accentuer l'intervention du gouvernement sur les questions du travail et imposer la mise sur pied d'une administration nationale spécialisée».<sup>111</sup>

La tendance qui se voulait de reconnaître les droits collectifs des travailleurs continua donc sa progression. De plus en plus, la volonté sociale de ne plus considérer le travail de l'individu comme une marchandise,<sup>112</sup> mais bien comme un élément important de toute économie, prenait de l'ampleur. Certains ont conclu que cette conception du travail correspondait d'ailleurs à un haut degré de civilisation et d'humanisation des peuples libres.<sup>113</sup> Cette idéologie s'étendait mondialement. Ainsi, «les années qui ont suivi la première guerre mondiale ont été marquées par la volonté des peuples de doter la société internationale d'institutions de natures diverses pouvant, quant aux unes, contribuer au maintien de la paix et quant aux

---

110. Bureau international du travail, *Les tendances de la législation du travail en Europe depuis la guerre*, Études et Documents, série A, no. 16, Genève, 1921 à la p. 1.

111. M. Wallin, *supra* note 12 à la p. 64.

112. Traité de Versailles, 1919.

113. E. Colas, *supra* note 104 à la p. 73.

autres, assurer le mieux-être des classes laborieuses». <sup>114</sup> En 1919, par le Traité de Versailles de la Société des Nations auquel nous faisons référence précédemment, était mis sur pied l'Organisation internationale du Travail <sup>115</sup> dont l'organe permanent est le Bureau international du Travail. <sup>116</sup> Ce dernier se voyait confier un rôle mondial d'information et d'assistance en matière des relations du travail. <sup>117</sup>

Au Chili, par exemple, l'époque d'avant-guerre fut caractérisée par une absence totale de législation sociale. Cependant, l'après-guerre fut quant à elle caractérisée, comme pour bien d'autres pays, par son industrialisation, ce qui ne fit qu'aggraver les tensions sociales déjà existantes depuis le début du siècle. <sup>118</sup> C'est donc à partir de 1924 que furent adoptées diverses législations sociales et du travail qui menèrent le législateur chilien à sanctionner, en 1931, un véritable Code du travail «qui traite, dans des subdivisions distinctes, du système de relations individuelles de travail concernant les ouvriers et les employés, de toute l'organisation syndicale, des conventions collectives, des différends collectifs du travail et des procédures servant à les régler». <sup>119</sup> Le législateur français suivit lui

- 
- 114. J.D. Gagnon, «L'influence des conventions internationales du travail sur les législations canadienne et québécoise», [1970] 30 R. du B. à la p. 329.
  - 115. *Traité de paix entre les puissances alliées et associées et l'Allemagne et protocole*, 28 juillet 1919, Londres, 1919, art. 387 : «Il est fondé une organisation permanente chargée de travailler à la réalisation du programme exposé dans le préambule».
  - 116. *Ibid.*, art. 388.
  - 117. *Ibid.*, art. 396 al. 1 : «Les fonctions du Bureau international du Travail comprendront la centralisation et la distribution de toutes informations concernant la réglementation internationale de la condition des travailleurs et du régime du travail et, en particulier, l'étude des questions qu'il est proposé de soumettre aux discussions de la Conférence en vue de la conclusion des conventions internationales, ainsi que l'exécution de toutes enquêtes spéciales prescrites par la Conférence».
  - 118. E. Cordova, G. V. Potobsky, «Étude des systèmes de règlement des conflits du travail au Chili», [1971] 103 Revue internationale du travail 367.
  - 119. *Ibid.*, pp. 367- 368. Traitant du même sujet, P. Rivière, *supra* note 106 à la p. 248 énonce que, pour les territoires de la France d'outre-mer, l'adoption d'un Code du travail ne constituait qu'une suite au développement du salariat lequel était en soi une conséquence directe de l'essor économique. Ainsi, comme il le mentionne savamment : «Le nouveau Code apparaît comme l'étape actuelle d'une évolution commencée au début du XX<sup>e</sup> siècle. Depuis cette époque, en effet, des textes divers ont réglementé les conditions du travail salarié dans les territoires d'outre-mer administrés par la France. Rares d'abord et fragmentaires, n'ayant au début d'autre souci que d'apporter une solution à un problème déterminé, ils se sont peu à peu multipliés, développés et précisés. Leur évolution suivit le développement économique générateur du salariat; elle fut aussi influencée par les progrès

aussi la même tendance. Après avoir voté en 1884 une loi qui accorde aux syndicats une existence légale, la France reconnaît en 1919 un statut légal à la convention collective. Il ne s'agit plus en effet de l'exécution d'un contrat de mandat par le syndicat pour le bénéfice des salariés, ni d'un contrat de stipulation pour autrui, mais bel et bien d'une entente ayant force de loi entre le syndicat, l'employeur et les salariés.<sup>120</sup> En 1936, l'accession au pouvoir d'un gouvernement de Front populaire favorable à l'essentiel des revendications ouvrières contribue au détournement de l'attitude du patronat français. Le gouvernement instaure le principe de l'établissement immédiat de contrats collectifs de travail. Ainsi, par cette loi de 1936, le législateur admet la coexistence de deux types de conventions collectives.<sup>121</sup> Après avoir adopté en 1939 un décret qui suspend l'application de

---

du droit du travail en France comme par ceux du droit international». Bien avant son temps, pour employer l'expression consacrée, et surtout bien avant nous qui n'avons adopté des dispositions presque similaires qu'en 1994 dans le *Code civil du Québec*, voilà que le Liban, dont l'économie du début du siècle était exclusivement consacrée à la culture de la soie, se voyait lui aussi dans l'obligation d'adapter sa législation du travail en fonction des changements économiques. J. Donato, *supra* note 105 à la p. 70 : «L'industrie libanaise qui, avant 1919, n'était guère représentée que par l'artisanat de la soie et du coton – depuis la filature jusqu'aux travaux d'art – s'est enrichie, entre 1926 et 1940, de l'apport de capitaux importants. Les artisans sont devenus contremaîtres et leurs apprentis, ouvriers». Il adopta donc en septembre 1934, le *Code des contrats et obligations* dont un chapitre était consacré au louage de services ou contrat de travail.

120. M.-L. Beaulieu, *supra* note 14 à la p. 13 : «Sous ce régime, les parties à la convention étaient des groupements, syndicats, cartels, associations, comités de grève jouissant ou non de la personnalité juridique. Des individus ne pouvaient y figurer comme signataires. La loi cependant permettait à l'employeur de conclure une convention collective avec le groupement formé par ses salariés. L'objet de l'accord était de régler les conditions de travail, en particulier les conditions auxquelles devaient satisfaire les contrats individuels. Son contenu était laissé à l'entière discrétion des parties. Cette liberté ne connaissait de limites que celles découlant des lois prohibitives ou des exigences de l'ordre public. On se servait de la convention pour fixer le taux de salaires, la durée du travail, les congés payés; pour organiser l'apprentissage, déterminer l'avancement, prévoir la retraite. Elle arrêtaient aussi les obligations des groupements signataires, le règlement des différends par l'arbitrage, la formation des commissions chargées de la révision de l'accord, sa dénonciation».

121. *Ibid.* aux pp. 14 -15 : «La loi de 1936, en conservant le régime de 1919 pour tout ce qu'elle ne couvrait pas, laissait le contenu des conventions collectives ordinaires à l'entière liberté des parties, mais elle réglementait celui des conventions collectives conclues par les organisations syndicales les plus représentatives. Elle obligeait les parties à y insérer un certain nombre de clauses portant sur les questions les plus importantes en matière de relations patronales-ouvrières. Un premier groupe de clauses avait pour objet la réglementation des conditions de travail : les minima des salaires, le délai-congé, l'apprentissage. Un deuxième portait sur l'organisation des rapports entre les groupements



toutes les dispositions des conventions collectives et des contrats de travail relatives à la révision des salaires et qui maintient les dispositions des conventions collectives en vigueur le temps que les hostilités de la Seconde Guerre mondiale prennent fin, le législateur français revient à la charge en adoptant la *Loi de 1950* qui fixe, d'une manière encore plus étendue que la *Loi de 1939* à la fois le régime des conventions collectives et celui de l'arbitrage des conflits collectifs du travail. Cette loi de 1950 met aussi fin à une controverse quant au statut juridique du salarié gréviste : la grève ne rompt pas le contrat de travail sauf pour faute lourde imputable au salarié. Enfin, aussi curieux que cela puisse paraître, c'est par l'adoption de la *Loi de 1971* que l'on consacre le droit à la négociation collective. La nouvelle loi définit les règles suivant lesquelles s'exerce le droit des travailleurs à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions de travail et de leurs garanties sociales.

Le droit du travail polonais subissait lui aussi la même mutation puisque après le recouvrement de son indépendance, après la Première Guerre mondiale, la Pologne adoptait diverses lois sur la durée du travail en 1919, sur les congés payés en 1922 et sur la protection du travail des femmes et des adolescents en 1924.<sup>122</sup>

Dans d'autres régions du monde, comme par exemple dans le pays d'Amérique latine, c'est la Seconde Guerre mondiale qui engendra des modifications majeures à la législation du travail.<sup>123</sup>

---

signataires, tel que la durée de la convention, ses modifications, les procédures de conciliation et d'arbitrage des conflits collectifs. Enfin, une dernière catégorie de clauses formait ce qu'on appelle la "Loi constitutionnelle des entreprises". Elles avaient trait à la liberté syndicale, etc. Les parties étaient libres d'ajouter à ces dispositions obligatoires toutes celles qui n'étaient pas contraires aux lois en vigueur».

122. H. Lewandowski, «Les principes généraux du droit du travail polonais et les tendances de sa réforme», (1989) 30 C. de D. 5 à la p. 6.

123. J. Rendon Vasquez, «Le droit du travail en Amérique latine», [1991] 2 R.I.D.C. 441 à la p. 455 : «C'est après la Seconde Guerre mondiale que le droit du travail a poussé presque partout dans ce continent et que la doctrine à cet égard s'est développée; des cours de cette branche du droit furent établis dans les facultés de droit; le droit du travail fut considéré dorénavant indépendant du droit civil; des congrès et d'autres réunions des spécialistes de cette matière commencèrent à avoir lieu. Tout cela était un effet du développement des économies latino-américaines, de la croissance industrielle et de l'augmentation du nombre de travailleurs des entreprises qui, à son tour était un effet du développement de l'économie en Europe, aux États-Unis et en Asie. L'organisation syndicale et la négociation collective furent acceptées par la plupart des gouvernements, la permanence de travailleur dans son poste fut de plus en plus admise».

On avait finalement compris que la reconnaissance des droits des travailleurs ajouterait au succès de l'économie et on avait aussi compris que les seules règles du droit civil ne pouvaient plus suffire aux nouveaux rapports de travail. Comme l'enseignait Dion, un régime des relations de travail n'existe pas en vase clos.<sup>124</sup> Il y avait encore, toutefois, du chemin à parcourir puisque si les travailleurs avaient réussi à obtenir la reconnaissance d'un certain minimum de droits, leurs groupements ou leurs associations n'étaient souvent pas légalement reconnus. Rappelons-nous qu'au Québec, ce n'est pourtant qu'en 1924 qu'on adoptait la *Loi sur les syndicats professionnels* qui reconnaissait le statut de l'association de salariés et qui validait la convention collective conclue avec l'employeur.<sup>125</sup> L'origine de ces regroupements et de ces associations se conçoit à partir de la constatation de l'exploitation de l'ouvrier isolé et écrasé par la puissance économique de l'employeur.<sup>126</sup> Cependant, même si dans les faits, les salariés se regroupaient en association et qu'on leur reconnaissait le droit d'exister par une simple formalité d'enregistrement,<sup>127</sup> ils faisaient face à un problème de taille, soit celui de leur reconnaissance juridique. Les employeurs n'étaient pas tenus de les reconnaître légalement et par conséquent, non plus tenus de négocier une convention collective avec ces associations. Les mouvements de grève et de lock-out n'étaient même pas réglementés : «Tout le pouvoir du secteur industriel était laissé aux parties en présence, et sa répartition à la dépendance de leur position respective dans le partage des forces.»<sup>128</sup> Dans de telles circonstances, malgré ce qu'on pourrait appeler une reconnaissance factuelle des regroupements de salariés, le patronat, en raison de la mauvaise organisation des groupements de travailleurs et de l'absence d'une protection législative adéquate, conservait, par rapport aux travailleurs, le contrôle complet de l'économie industrielle:

- 
124. G. Dion, *Les conséquences de la politisation des relations du travail*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1973, 145 à la p. 148: «C'est un sous-régime à l'intérieur du régime économique et du régime politique. Le contexte social, économique, culturel et politique conditionne toujours d'une certaine manière le régime des relations du travail, son fonctionnement et le comportement des partenaires sociaux.».
125. *Loi des syndicats professionnels*, L.Q. 1923-1924, c. 112, art. 15.
126. L.-P. Pigeon, *supra* note 17 à la p. 66.
127. *Loi des syndicats professionnels*, *supra* note 125, art. 1(4). J. Gignac, *Structure des pouvoirs et législation du travail dans le Québec*, (1957-58) 8 R.J.T. 192 à la p. 194.
128. J. Gignac, *ibid.* à la p. 194.

«L'initiative d'action restait avant tout aux possesseurs de capitaux. L'inorganisation des forces ouvrières permettait aux patrons de garder l'entier contrôle de la société industrielle. Dans cette perspective, tous les rapports de force entre patrons et ouvriers ne pouvaient se résoudre qu'à l'avantage des premiers. Les patrons s'imposaient comme les détenteurs exclusifs du pouvoir. On peut en conclure que la loi favorisait, à ce stade de la législation, une structure des pouvoirs de type autoritaire selon laquelle le capitaliste apparaissait comme le maître et l'ouvrier le serviteur.»<sup>129</sup>

Bien que le mouvement de la reconnaissance factuelle syndicale se soit définitivement amorcé, il lui fallait plus, malgré tout, pour assurer sa survie. L'intervention législative devenait nécessaire pour sanctionner sa reconnaissance juridique.<sup>130</sup> Ainsi, cette modification dans le portrait social des relations du travail n'a pu se réaliser sans la participation de l'État qui intervenait sous les pressions de la masse pour instaurer de nouvelles données juridiques au cadre des relations employeurs-employés. Il fallait commencer par supprimer l'une des causes des conflits collectifs, savoir le problème de la reconnaissance syndicale.<sup>131</sup> Or, en raison d'un conflit de travail impliquant les unions internationales, lequel conflit avait paralysé les débats de l'assemblée nationale du Québec, le législateur adopta en 1924, la *Loi des syndicats professionnels*.<sup>132</sup> En effet, sous la pression du mouvement religieux catholique qui considérait d'ailleurs l'État comme un allié qui pouvait lui permettre d'évincer les centrales internationales, et dans le but de mériter le respect et la confiance des gouvernements, des employeurs et du public,<sup>133</sup> le mouvement ouvrier catholique, regroupé sous l'égide de la Confédération des travailleurs catholiques du Canada (CTCC), avait requis de l'État l'adoption de cette loi afin de faire reconnaître le caractère responsable de leurs organisations. Il était normal, comme le souligne Rouillard «qu'un organisme comme un syndicat, appelé à jouer un rôle spécial important, ait un statut légal. En présentant l'image d'une organisation d'ordre et de stabilité, la CTCC espère attirer les faveurs des

---

129. *Ibid.*

130. M. Wallin, *supra* note 12 à la p. 64.

131. L.-P. Pigeon, *supra* note 17 à la p. 67.

132. *Loi des syndicats professionnels*, *supra* note 125.

133. D. Dion, *Loi des syndicats professionnels de Québec*, (1950) 10 R. du B. 145 à la p. 165. Voir aussi, J. Guilbeault, *Lois québécoises de conciliation et d'arbitrage - II. Période 1942-1944*, (1951) 11 R. du B. 277 à la p. 290 et J. Rouillard, *supra* note 82 à la p. 170.

employeurs et de l'État». <sup>134</sup> Par contre, en raison de leurs craintes et de leur opposition à toutes démarches à caractère légal ou judiciaire, aucun des syndicats affiliés à des unions américaines n'accepta de se prévaloir des dispositions de cette nouvelle loi. <sup>135</sup> À ces motifs d'opposition des unions internationales s'ajoutait aussi la crainte que l'adoption d'une législation reconnaissant leur statut de personnes morales ne puisse permettre la saisie des caisses syndicales en satisfaction de jugements rendus contre elles. <sup>136</sup> De plus, les unions internationales étaient d'avis qu'une telle loi risquait de porter atteinte à leur liberté et qu'elle constituerait une limite à leurs activités. En résumé, en voulant demeurer des groupements factuels, «les unions internationales et nationales voulaient surtout se soustraire à leurs responsabilités légitimes et par suite, aux poursuites judiciaires». <sup>137</sup>

Ainsi, bien que facultative, l'incorporation permettait, selon les instigateurs du projet de loi initial, que des associations de salariés puissent obtenir le statut juridique nécessaire à l'épanouissement de leur liberté syndicale et ce, par l'action libre et complète d'une personne civile. <sup>138</sup> En plus de reconnaître le statut juridique à ces associations de salariés qui se prévalaient de la loi, la loi reconnaissait la validité des conventions collectives conclues entre un employeur et une association. <sup>139</sup> Comme le souligne Cadrin :

«Cette loi reconnaissait bien le principe de la convention collective, mais encore là, tout était facultatif. La négociation obligatoire ne devant être reconnue que dans plusieurs années à venir (Loi des relations ouvrières de 1944), la convention collective prenait alors la forme d'un contrat ordinaire, de droit privé, n'ayant lieu que selon la libre volonté des deux parties contractantes. Elle n'a donc pas donné sa pleine mesure quant à la diffusion des contrats collectifs de travail, surtout si l'on tient compte de

---

134. J. Rouillard, *ibid.* à la p. 170.

135. G. Hébert, *supra* note 14 à la p. 37. Voir aussi J.-R. Cadrin, *L'influence du syndicalisme national catholique sur le droit syndical québécois*, Québec, Cahiers de l'Institut social populaire, 1957 à la p. 26 : «Or, la majorité des ouvriers syndiqués chez nous, surtout aux débuts, appartenaient aux unions internationales et nationales, lesquels étaient hostiles à toutes formalités légales, en vertu de leur mentalité anglo-saxonne».

136. M.-L. Beaulieu, *supra* note 14 à la p. 115.

137. D. Dion, *supra* note 133 à la p. 165.

138. *Ibid.*

139. *Ibid.* à la p. 430.

la mentalité des employeurs à cette époque, laquelle aux débuts n'était pas favorable à la loi. Il reste qu'elle y a quand même contribué.»<sup>140</sup>

Il s'agissait là d'un autre changement à la règle civile de la relativité des contrats puisque la convention ne liait pas seulement les parties contractantes,<sup>141</sup> mais aussi les membres de l'association.<sup>142</sup>

Le même problème de la reconnaissance juridique des groupements syndicaux se rencontrait aussi au niveau international. En effet, les travailleurs de plus en plus conscients de leurs pouvoirs social, économique et politique manifestaient leur volonté de se voir reconnaître comme groupement pour négocier leurs conditions collectives de travail et ce, par le déclenchement de grèves qui avaient évidemment pour effet de paralyser souvent une partie ou la totalité de l'économie d'un pays.<sup>143</sup> Il a donc fallu trouver des solutions pour favoriser la résolution des conflits de travail qui pouvaient avoir, dans certaines circonstances, en raison de la nature ou de l'importance de l'industrie en cause, un impact sur l'économie nationale. C'est ainsi que la plupart des pays décidèrent de résoudre ces dilemmes en adoptant des lois reconnaissant le statut légal des groupements de salariés et obligeant l'employeur à négocier avec ce nouveau représentant dûment autorisé. Dans d'autres régions du monde, il a fallu attendre plus longtemps avant de voir poindre une législation du travail reconnaissant les droits des travailleurs. Ainsi, ce n'est qu'après la Deuxième Guerre mondiale que la République fédérale d'Allemagne réglemmentait à nouveau les rapports de travail sur la base de fondements démocratiques et sociaux tels qu'ils étaient encore, quelques années avant le début de la Seconde Guerre, mais que le national-socialisme avait supprimés afin de reproduire fidèlement «sur le plan du travail, la structure politique du régime totalitaire : l'employeur devenait le “*führer*” de l'entreprise auquel ses subordonnés devaient une obéissance aveugle».<sup>144</sup>

---

140. J.R. Cadrin, *supra* note 135 à la p. 26.

141. *Loi des syndicats professionnels*, S.R.Q., c. 255, art. 16.

142. *Ibid.*, art.17 : «Sont liés par la convention collective de travail : (1) les employés et les employeurs signataires, soit personnellement soit par mandataire autorisé de ladite convention».

143. Bureau international du travail, «Le règlement des conflits du travail dans certains pays d'Afrique», (1965) 91 *Revue internationale du travail* 117.

144. H.C. Nipperdey, «L'évolution du droit du travail dans la République fédérale d'Allemagne depuis 1945 : I», (1954) 70 *Revue internationale du travail* aux pp. 27-28.

Parallèlement, par ces mêmes lois, on instaurait aussi un système d'arbitrage des conflits collectifs, premier ancêtre de nos tribunaux spécialisés du travail.

Plusieurs pays adoptèrent ainsi des lois qui allaient en ce sens. En 1936, l'Assemblée nationale des Philippines adopta un système d'arbitrage obligatoire et institua à cet effet, le Tribunal des relations de travail.<sup>145</sup> Ce tribunal bénéficiait d'une juridiction assez vaste. Il possédait en effet le pouvoir d'examiner, d'instruire, de régler et de trancher des litiges ou autres différends entre des employeurs, des employés, des propriétaires, des locataires ou des ouvriers agricoles ainsi que le pouvoir de réglementer les relations de travail entre eux. À ce titre, le Tribunal des relations de travail pouvait notamment entendre à des fins de prévention, d'arbitrage, ou de décision, tout différend agricole ou industriel ayant provoqué ou risquant de provoquer un arrêt de travail. Il pouvait aussi intervenir de la même façon en matière de congédiement, de mise à pied de durée ou de conditions du travail.<sup>146</sup>

Il n'y avait néanmoins pas que dans le cadre des rapports collectifs de travail que la paix sociale pouvait être menacée. Cette situation se présentait en outre face aux conditions générales et individuelles de travail lesquelles, quoique peu publicisées puisque souvent décidées par les tribunaux de droit commun,

---

145. C. D. Calderon, «De l'arbitrage obligatoire à la négociation collective aux Philippines», (1960) 81 *Revue internationale du travail* 1 à la p. 2 : «L'institution du système d'arbitrage obligatoire ne fut pas un effet du hasard. Ce fut une mesure prise de propos délibéré par le législateur pour parer à une situation sociale alarmante, due au vif mécontentement qui régnait dans l'agriculture et dans l'industrie. Il avait apparu nécessaire, en effet, d'agir vigoureusement pour endiguer la vague de grèves et de soulèvements déclenchés par les fermiers et les ouvriers agricoles, surtout dans les rizières et les plantations de canne à sucre. D'autres facteurs contribuèrent également à l'adoption de ce système : l'organisation insuffisante des salariés et des ouvriers agricoles, qui empêchaient des négociations collectives efficaces; le fait que les Philippines comptaient depuis toujours sur les tribunaux judiciaires pour le règlement des litiges, de quelque nature qu'ils fussent; le désir d'expérimenter l'arbitrage obligatoire, qui avait été repoussé au moins trois fois sous le régime américain; l'insuffisance ou l'inefficacité apparente du principe de non-ingérence dans les relations entre employeurs et salariés adopté par les pouvoirs publics; la forte influence du président d'alors, Manuel L. Quezon, qui appuya le projet à l'Assemblée nationale.»

146. *Ibid.* à la p. 3. Dans les pays d'Afrique francophone, on s'en remet aux dispositions du *Code du travail* de 1952, où la conciliation constituait obligatoirement la première étape au règlement d'un conflit collectif. En cas de non-résolution du conflit, le litige pouvait être décidé par arbitrage : Bureau international du travail, *supra* note 143, p. 126 aux pp. 128 à 132.

représentaient malgré tout une part importante de l'histoire des relations de travail, tant chez nous qu'à l'étranger. En effet, alors que les salariés dorénavant regroupés en association accréditée pouvaient négocier d'égal à égal leurs conditions de travail avec l'employeur, il en était tout autrement pour les salariés non-syndiqués qui restaient à la merci du libéralisme économique.<sup>147</sup> Même si ce libéralisme laisse le choix aux parties de déterminer leurs conditions de travail, le pouvoir économique de la négociation demeure malgré tout entre les mains de l'employeur qui peut imposer ses conditions strictement en regard des règles de la pratique contractuelle déterminée par le *Code civil* de l'époque.<sup>148</sup> Or, en raison de l'absence de règles précises quant à la teneur du contrat individuel de travail, il devenait donc, par la force économique de l'employeur, un contrat d'adhésion dont les conditions ne pouvaient être discutées.<sup>149</sup> Il ne pouvait donc y avoir égalité des parties dans le

---

147. R. Couillard et G. Dostaler, *supra* note 3 à la p. 18 : «Pour la majorité des travailleurs et travailleuses, demeurant non syndiqué-e-s, c'est le droit commun des contrats qui continuait à régir les rapports de travail. Pour eux se creusaient de plus en plus les contradictions entre le droit traditionnel des rapports individuels de travail et les conditions économiques objectives caractérisant l'organisation du travail et le marché de l'emploi, où l'idée même d'une négociation entre parties libres et égales n'est bien souvent qu'une vue de l'esprit. De là découle la nécessité de l'intervention de l'État. Il est venu s'interposer entre les parties pour fixer directement, par voie de diverses législations et réglementations statutaires, des contenus obligatoires au contrat de travail en définissant lui-même des conditions de travail, des droits et des obligations spécifiques, auxquels les parties ne peuvent se soustraire, même si elles y consentaient. C'est ce qui a donné lieu aux normes du travail dans le langage courant. Ce faisant, l'État a modifié encore substantiellement le droit des rapports de travail. En effet, il ne s'agit pas seulement ici d'une rupture avec l'individualisme, mais aussi avec le principe de la libre négociation des parties. Encore là cependant, les dispositions du **Code civil** continuent à s'appliquer lorsque n'interviennent pas de dispositions spécifiques d'ordre public. Ces dispositions se multiplient toutefois».

148. J. Bernier, «La Loi sur les normes du travail – Continuité, modernisation ou rupture» dans L. Bélanger, J. Bernier, G. Ferland et G. Laflamme, dir., *La détermination des conditions minimales de travail par l'État – Une loi : son économie et sa portée*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1980 à la p. 20.

149. A. Rousseau, «Le contrat individuel de travail» dans N. Malette, dir., *Le gestion des relations du travail au Québec – Le cadre juridique et institutionnel*, Montréal, McGraw-Hill, 1980 aux pp. 15-16. Voir aussi P. Laporte, *Le caractère d'ordre public de la Loi sur les normes du travail*, (1987) 42 *Revue de relations industrielles* 398 aux pp. 398-399. En droit étranger, particulièrement en droit européen, voir P. Denis, *Droit du travail*, Bruxelles, Maison Larcier, 1992 à la p. 10 où l'auteur, traitant de l'évolution de la législation du travail en Belgique, précise que les conditions de travail ne pouvaient pas être négociées par deux individus d'égale force économique : «Les faits devaient rapidement démontrer l'inexactitude de ce postulat d'égalité. Dans le contexte né de la révolution industrielle,

cadre de la négociation contractuelle telle que connu dans le droit civil des contrats.<sup>150</sup> Cependant, comme on modifiait le caractère «civil» de la relation de travail, il devenait essentiel d'extirper aux tribunaux de droit commun une bonne partie du champ juridictionnel des litiges découlant de cette relation.<sup>151</sup> Comme dans le cadre des rapports collectifs, il fut nécessaire de mettre sur pied des tribunaux spécialisés chargés de trancher des litiges de cette nature :

«À l'époque où nous sommes, les conflits du travail, avec leurs grèves et toutes les conséquences funestes, occupent une bien grande place dans la vie sociale. Il s'agit dans la plupart des cas, de conflits collectifs résultant de divergences de vue entre les employeurs, d'une part, et les travailleurs d'autre part, quant aux conditions de travail qui devraient exister dans l'intérêt des uns et des autres. Ces conflits portent principalement sur la création ou la confirmation de nouveaux droits plutôt que sur l'application de droits déjà existants.

Mais à côté des conflits collectifs, il y a d'autres conflits qui n'ont pas moins d'importance dans le cadre général de la paix sociale. Ce sont les différends individuels entre patrons et ouvriers dont on entend beaucoup moins parler du fait que, de par leur nature, ils ne sauraient donner lieu à des grèves et que généralement, ils sont aplanis par les tribunaux. Dans bon nombre de pays, cependant, les tribunaux qui connaissent des différends individuels du travail constituent une juridiction spéciale, et ils

---

marquée par la recherche du profit et du jeu de la concurrence, les conditions de travail, elles-mêmes régies par la loi de l'offre et de la demande, ne cessent de se dégrader (durée du travail, niveau des salaires, occupation au travail d'enfants et de femmes encore moins bien rémunérés, absence de mesures de sécurité et d'hygiène). La relation de travail s'établit en réalité entre deux personnes qui se trouvent dans une situation de profonde inégalité et le contrat de louage de services apparaît davantage comme un contrat d'adhésion que comme le résultat d'une véritable négociation.»

150. A. Lyon-Caen, «Actualité du contrat de travail», [1988] *Droit social* 540; A. Supiot, «Principe d'égalité et limites du droit du travail [en marge de l'arrêt Stoeckel]», [1992] *Droit social* 382 à la p. 383; T. Revet, *L'objet du contrat de travail*, *supra* note 10 à la p. 859.

151. P. Verge et G. Vallée, *Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail*, Cowansville, Yvon Blais, 1997 à la p. 40 : «Une part considérable du droit du travail, l'action étatique directement régulatrice du rapport salarial, atténue, sinon l'existence, du moins l'acuité du conflit social, par l'amélioration de divers aspects du régime de travail du salarié. Ce "droit régulateur" rendrait supportable le "rapport de domination"». Voir aussi à propos du rôle de l'État dans la détermination des conditions de travail, J. Guilbeault, *supra* note 81 à la p. 292.



sont dénommés tantôt conseils de prud'hommes, tantôt tribunaux industriels et plus souvent tribunaux du travail.»<sup>152</sup>

Ainsi au Québec, des motifs socio-économiques ont d'abord justifié l'adoption de la *Loi du salaire minimum des femmes*,<sup>153</sup> la *Loi des salaires raisonnables*<sup>154</sup> et la *Loi du salaire minimum*.<sup>155</sup> Lors de l'adoption de cette dernière loi, le législateur avait exposé ses motifs d'intervention dans le préambule de la loi en précisant que son intention était d'aller à l'encontre de la liberté contractuelle en permettant à un tiers de déterminer des minima de salaire requis pour empêcher les abus. Tolérer l'acceptation forcée d'une rémunération insuffisante, c'était ne pas tenir compte de la dignité du travail et des besoins du salarié et de ceux de sa famille. Par la suite, voulant répondre aux nouveaux besoins économiques et sociaux des travailleurs québécois qui s'étaient développés avec la révolution tranquille, le législateur adopta la *Loi sur les normes du travail*.<sup>156</sup>

Or, contrairement à d'autres lois nées sous la pression politique des mouvements syndicaux, les premières lois touchant les conditions minimales de travail ne bénéficiaient pas d'un tel appui. L'indifférence elle-même du public à l'égard de cette nouvelle législation explique en grande partie le retard dans la mise en application de la *Loi du salaire minimum pour les femmes* qui, bien qu'ayant été adoptée en 1919, demeura lettre morte jusqu'en 1925.<sup>157</sup>

- 
152. V. D. Auvermann kg et G. im Taunus, *Introduction à l'étude du droit comparé – Recueil d'études Édouard Lambert*, t. 2, Paris, Librairie général de droit et de jurisprudence, 1973, éd. rev. de 1938 à la p. 558. Ainsi, à partir d'une loi qui devait au début du siècle ne se limiter qu'au salaire, celle-ci a vu son champ d'application agrandi sous les pressions publiques pour devenir en 1979 la *Loi sur les normes du travail* et cela, afin de répondre aux nouveaux besoins économiques et sociaux des travailleurs québécois : J.-L. Dubé et N. Di Orio, *Les normes du travail*, 2<sup>e</sup> éd., Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 1992 à la p. 4.
153. *Loi sur le salaire minimum des femmes*, S.Q. 1919, 9 Geo. V, c. 11.
154. *Loi des salaires raisonnables*, S.Q. 1937, 1 Geo. VI, c. 50.
155. *Loi du salaire minimum*, S.Q. 1940, 4 Geo. VI, c. 39.
156. P. Laporte, *supra* note 149 à la p. 399. Voir aussi J.-L. Dubé et N. Di Orio, *supra* note 152 à la p. 4.
157. R. Chartier, *Les Lois du salaire minimum des femmes, des grèves et contre-grèves municipales, du département du travail et des syndicats professionnels (1919-1924)*, (1962) 17 Relations industrielles 444 à la p. 453.

Cependant, étant d'opinion que «les femmes étaient davantage l'objet d'exploitation et de plus faibles négociatrices»<sup>158</sup> le législateur, par l'adoption de la *Loi du salaire minimum des femmes*, mettait sur pied une commission chargée d'enquêter à propos du salaire et des conditions de travail des diverses industries employant des femmes. Pour Chartier, l'adoption de cette loi «marque l'acceptation pratique du principe en vertu duquel l'état doit assurer, par son action législative, des conditions minima raisonnables, au-delà desquelles le droit de négocier entre employeur et employé peut avoir libre cours. La protection de la main-d'œuvre contre des salaires exceptionnellement bas – au début, notre législation ne tenait compte que de cela –, et contre des heures trop longues et des conditions de travail nuisibles à la santé, fut reconnue peu à peu comme une nécessité.»<sup>159</sup>

Dès l'adoption de cette loi, on parlait d'une atteinte au libéralisme économique et à la liberté contractuelle :

«Il est très intéressant de rappeler brièvement les réactions de certaines personnes lors de l'adoption de la loi en 1919, ainsi que certains de ses effets. En 1919, l'adoption de la *Loi du salaire minimum pour les femmes* constituait une autre atteinte au libéralisme économique. Diverses critiques ont alors été formulées à l'égard d'une telle loi. Certains disaient qu'elle équivalait à prendre ce qui appartenait aux patrons pour le donner aux travailleurs, ce qui était perçu comme une violation flagrante du principe de la liberté des contrats. D'autres déclaraient qu'il était dangereux de donner à des législateurs incompetents le soin de fixer des salaires minimums. Enfin, on entendait des cris d'alarme à l'effet qu'une telle loi placerait notre industrie nationale dans une position concurrentielle intenable.»<sup>160</sup>

Pourtant, les intervenants de l'époque ont vite fait de constater que cette loi était insuffisante et qu'il fallait en élargir le cadre d'application puisque pour ne pas avoir à se soumettre à cette nouvelle loi, les employeurs réfractaires décidaient de

---

158. J.-L. Dubé et N. Di Orio, *supra* note 152 à la p. 2.

159. R. Chartier, *supra* note 157 aux pp. 452-453.

160. J.-L. Dubé et N. Di Orio, *supra* note 152 à la p. 3. R. Chartier, *supra* note 157 à la p. 454.

remplacer la main-d'œuvre féminine par celle constituée de jeunes garçons.<sup>161</sup> Ce pourquoi, le législateur adopta en 1937, la *Loi des salaires raisonnables* qu'il modifia une autre fois en 1940 pour lui donner notamment le vocable de *Loi sur le salaire minimum*.<sup>162</sup> À cette époque d'ailleurs, la Cour d'appel du Québec reconnut que ce genre de loi constituait une dérogation «à la loi civile et à la loi commune concernant la sainteté et la liberté des contrats»<sup>163</sup> et qu'il fallait par conséquent interpréter restrictivement toute loi qui dérogeait à ces principes fondamentaux de notre droit. Il s'agissait d'une loi pour l'établissement d'une justice sociale fondée sur des principes d'équité.<sup>164</sup> Il n'était donc plus question d'appliquer les règles contractuelles du libéralisme économique.<sup>165</sup>

Juste avant, soit en 1933, était sanctionnée la *Loi relative à la limitation des heures de travail*<sup>166</sup> qui autorisait le gouvernement à décréter le nombre hebdomadaire d'heures de travail pendant lequel un ouvrier manuel pouvait travailler.<sup>167</sup> Cette loi était justifiée par des motifs économiques liés à une distribution du travail en période de crise.<sup>168</sup>

---

161. R. Chartier, «La création du ministère du travail, l'extension juridique des conventions collectives et les années d'avant-guerre (1931-1939)», (1963) 18 *Relations industrielles* 215 à la p. 227 : Par cette nouvelle loi, «[l]e "salarié" couvert par la loi comprend dorénavant tout apprenti, ouvrier, artisan, commis et employé quelconque à salaire ou à gage du sexe féminin ou du sexe masculin, qui ne désire pas ou ne peut pas légalement se prévaloir de la loi précédente [sic]» soit la *Loi relatives aux salaires des ouvriers*, S.Q. 1937, 1 Geo. VI, c. 49.

162. Pour un résumé du contenu de cette loi, voir A. Barette, «Le Ministère du Travail», [1958] R.J.T. 8-9, 139 à la p. 151.

163. *Paré c. McDuff*, [1942] B.R. 581 à la p. 584. Voir aussi *Boyer c. Hewitt Équipement*, [1988] R.J.Q. 2112 à la p. 2114 (C.A.).

164. Le préambule de la *Loi du salaire minimum* de 1940 indique d'ailleurs ces deux considérants : «Considérant que la justice sociale impose la réglementation du travail lorsque la situation économique entraîne pour le salarié des conditions contraires à l'équité; Considérant que tolérer l'acceptation forcée d'une rémunération insuffisante c'est ne pas tenir compte de la dignité du travail et des besoins du salarié et de sa famille; »

165. S. Normand, *supra* note 94 à la p. 595 : «Ses rapports avec son patron changent et le droit tel que prévu au *Code civil* sera rapidement jugé insuffisant pour régir la nouvelle dynamique des relations du travail».

166. *Loi relative à la limitation des heures de travail*, S.Q. 1933, 23 Geo. V, c. 40.

167. *Ibid.*, art. 1.

168. R. Chartier, *supra* note 161 à la p. 219.

Il n'y avait toutefois pas seulement dans le cadre des rapports individuels de travail que la législation évoluait en faveur d'une protection accrue des conditions de travail des salariés. Le monde des rapports collectifs de travail poursuivait lui aussi sa mutation. En effet, toujours à l'intérieur de la même époque, le législateur québécois réalisa un autre pas dans l'amélioration des conditions collectives de travail en adoptant, en 1934, la *Loi de la convention collective*<sup>169</sup> qui visait à réglementer les conditions de travail des métiers et professions de l'industrie et du commerce. Les buts et les objets de la loi étaient respectivement de procurer une meilleure rémunération aux travailleurs en fonction de leurs besoins personnels et familiaux et de rendre obligatoires les conditions de travail.<sup>170</sup> Encore là, il y avait dérogation au principe de la liberté contractuelle dans la détermination des conditions d'emploi entre un employeur et un employé.<sup>171</sup>

---

169. *Loi de la convention collective*, S.Q. 1934, 24 Geo. V, c. 56.

170. M.-L. Beaulieu, *supra* note 14 à la p. 432 : «Le préambule de la loi nous en indique les buts et l'objet. Les buts : satisfaire à la justice sociale par la réglementation du travail, procurer aux travailleurs une rémunération suffisante qui tient compte de la dignité du travail et des besoins du salarié et de sa famille. L'objet : adopter, étendre et rendre obligatoires les conditions de travail consignées dans les conventions collectives, tant pour prévenir la concurrence déloyale faite au signataire que pour établir le juste salaire et satisfaire à l'équité». R. Chartier, *supra* note 161 à la p. 223, parle des avantages de cette nouvelle loi : «Votée en pleine crise économique, notre loi de l'extension des conventions collectives de travail a indéniablement produit des fruits bienfaisants. Elle a réprimé peu à peu la concurrence déloyale entre travailleurs et employeurs. Elle a uni les représentants patronaux et les représentants ouvriers en une corporation réelle, juridiquement distincte des parties contractantes et unissant capital et travail dans un même groupe en vue d'assurer le bien commun d'une profession, d'un métier ou d'une industrie, dans un territoire déterminé. Elle a ainsi donné préséance à l'action des corps professionnels, qui utilisent la nouvelle technique de la législation par accord des parties, uniformisent l'apprentissage et reprennent graduellement possession du métier. Elle a assuré à l'économie des industries de la province une stabilité mieux assise, par la fixation pour une période déterminée des salaires et des prix de revient. Elle a atteint même les entreprises non syndiquées, petites ou artisanales, mettant fin dans bien des cas à une exploitation traditionnelle. Elle a beaucoup contribué à la diminution de l'ingérence politique et de l'intervention étatique dans la fixation des conditions de travail et l'application de la législation. Bref, la loi d'extension a éliminé un grand nombre d'occasions de frictions entre patrons et ouvriers.» Voir aussi A. Barette, *supra* note 162 à la p. 142.

171. A. Barette, *supra* note 162 à la p. 144.

Ainsi, de 1924 jusqu'en 1944, année de l'adoption de la *Loi des relations ouvrières*,<sup>172</sup> «les ouvriers ont le droit de s'unir et de signer avec un employeur, si ce dernier le veut bien, une convention collective qui ne lie que les membres du syndicat. Une convention collective volontairement signée peut devenir obligatoire pour un groupe d'employeurs et d'employés non signataires, pourvu que le gouvernement lui donne l'effet d'un décret en vertu de la Loi de la convention collective.»<sup>173</sup> Avant 1944, nous dit Morin, «les accords survenus entre employeurs et syndicats n'avaient même pas généralement la valeur juridique du contrat».<sup>174</sup> Dans les provinces de *Common Law*, il s'agissait d'un *gentlemen's agreement*, dont l'exécution était subordonnée au bon vouloir des parties, tandis qu'au Québec, nous l'avons indiqué précédemment, seule la *Loi des syndicats professionnels*, qui permettait la conclusion d'une convention collective entre l'association de salariés et l'employeur, reconnaissait la valeur civile de la convention.<sup>175</sup>

En 1944, inspiré par l'arrêté fédéral C.P. 1003, lequel tirait lui-même ses origines de chez nos voisins du sud qui avaient adopté en 1935 le *National Labor Relations Act*,<sup>176</sup> le législateur provincial instaura le régime de la reconnaissance de l'association représentative par l'adoption de la *Loi sur les relations ouvrières*.<sup>177</sup> Diverses raisons ont justifié cette action, tant de la part du législateur fédéral que celui du provincial. Retenons l'augmentation des effectifs syndicaux qui sont confrontés à une réglementation inadéquate face à la protection du droit d'association, à la négociation collective et aux patrons qui se plaignent d'un pluralisme syndical qui complique la détermination du véritable agent négociateur.<sup>178</sup> Au droit d'association s'ajoutait, par cette loi, le droit à la

---

172. *Loi instituant une commission de relations ouvrières*, L.Q. 1944, c. 30, modifiant S.R.Q. 1941 en insérant après le chapitre 162, la *Loi des relations ouvrières*, S.R.Q. 1941, c. 162A.

173. C. Fortin, *Le Code du travail*, (1964) 24 R. du B. 602 à la p. 604.

174. F. Morin, *Rapports collectifs du travail*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 1991 à la p. 568.

175. *Ibid.*

176. R. Chartier, «La seconde guerre mondiale, le Conseil supérieur du travail et les lois ouvrières de 1944 (1940-1945)», (1963) 18 Relations industrielles 346 à la p. 355. Voir aussi à propos de la même affirmation P. Verge, «Liberté de grève et liberté de commerce. Le régime de la grève légale au Québec au regard de celui découlant de la législation américaine du travail», (1988) 29 C. de D. 447 à la p. 448.

177. *Loi sur les relations ouvrières*, S.Q. 1944, 8 Geo. VI, art. 4 à 9. Pour un résumé complet de l'application de la loi, voir A. Barette, *supra* note 162 à la p. 140.

178. R. Chartier, *supra* note 177 à la p. 354; voir aussi M.-L. Beaulieu, *supra* note 14 à la p. 175 et s.

représentation décrété par la Commission des relations ouvrières<sup>179</sup> et par lequel un syndicat qui regroupait une majorité de salariés devait être légalement reconnue par l'employeur. Parallèlement, l'employeur se voyait imposer l'obligation de négocier une convention collective de bonne foi avec le syndicat qui avait reçu l'appui requis par la loi.<sup>180</sup> On rencontra alors la première atteinte à la liberté d'entreprise de l'employeur dans le domaine des rapports collectifs de travail puisqu'on identifie légalement le cocontractant de l'employeur dans la détermination des conditions de travail des salariés.

Ce nouveau régime d'accréditation syndicale faisait suite aux recommandations proposées par le rapport Prévost<sup>181</sup> qui avait été exigé du gouvernement en raison du conflit de travail survenu en 1942 dans les usines de la pulpe et du papier installées dans la région du Saguenay et du Lac Saint-Jean. Jean Marchand, l'un des principaux responsables de ces événements majeurs dans l'histoire de nos relations du travail, raconte qu'il avait reçu mandat de la Fédération de la pulpe et du papier de réorganiser les syndicats de cette région du Québec affectés à ce secteur d'activité, lesquels étaient dispersés à Jonquière, Kénogami, Saint-Joseph d'Alma et Dolbeau.<sup>182</sup> Comme aucun de ces syndicats n'étaient reconnus par l'employeur, Marchand décida de faire circuler une pétition qui lui permit de regrouper 80 pour cent d'adhésion. Fort de ce résultat, il se présenta devant les autorités de la Price Brothers afin d'obtenir la reconnaissance de son regroupement, chose qui lui fut évidemment refusée du revers de la main et qui

---

179. *Loi des relations ouvrières*, supra note 177, art. 6.

180. *Ibid.*, art. 4. R. Chartier, supra note 178 à la p. 357, où précisant que cette *Loi des relations ouvrières* a incontestablement contribué à la paix industrielle, Chartier ajoute : «En deux mots, l'employeur est tenu de négocier de bonne foi avec le groupement ouvrier de son entreprise ou de son établissement, pourvu qu'il soit accrédité par la Commission; si les négociations sont infructueuses, un conciliateur du ministère du Travail intervient; si la conciliation elle-même n'aboutit pas, on doit avoir recours à un conseil d'arbitrage constitué suivant la Loi des différends ouvriers de Québec; la sentence rendue par ce tribunal n'est pas obligatoire; après un délai donné, l'arrêt de travail peut avoir lieu».

181. Le *Rapport Prévost*, nom donné en l'honneur du juge qui présida les enquêtes de la Commission chargée de faire enquête sur certaines difficultés survenues aux usines de Price Brothers & Company, limited, et de Lake St-John & Paper Company, Limited, publié le 23 août 1943. Pour une étude complète et détaillée du rapport Prévost, voir J. Guilbeault, *Lois québécoises de conciliation et d'arbitrage – Période de 1944-1948*, (1951) 11 R. du B. 329.

182. J. Marchand, «Les rapports collectifs du travail – Rétrospective et perspectives» dans J. Bélangé et al., dir., Département des relations industrielles de l'Université Laval, *Le statut de salarié en milieu de travail*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1985, 229 à la p. 233.

déclencha une grève générale dans les quatre usines de la compagnie. Celle-ci provoqua alors un mouvement de solidarité non seulement régionale, mais aussi nationale puisque le gouvernement, suite au refus persistant de la compagnie de reconnaître le syndicat, adopta un arrêté en conseil imposant à toute l'industrie de la pulpe et du papier «l'obligation de reconnaître tout syndicat incorporé en vertu de la *Loi des syndicats professionnels*, soit aux fins de négociations collectives, s'ils étaient majoritaires, soit aux fins de représentation de ses membres dans l'hypothèse de l'existence d'une convention collective signée par une autre union majoritaire».<sup>183</sup> Devant ce geste gouvernemental, la compagnie menaça de fermer ses usines et les unions internationales manifestèrent elles aussi leur mécontentement au gouvernement qui permettait ainsi la reconnaissance de l'union de travailleurs affiliés à la Confédération des travailleurs catholiques du Canada (CTCC). En raison de ce tollé, le gouvernement abrogea son arrêté en conseil pour en adopter un autre qui mettait sur pied une commission d'enquête, la Commission Prévost. Les conclusions du rapport de cette commission étaient notamment à l'effet de reconnaître expressément la liberté syndicale,<sup>184</sup> la validité des contrats collectifs<sup>185</sup> et d'instaurer un tribunal spécial «pour régler définitivement les difficultés qui peuvent surgir à l'occasion de la négociation d'un contrat collectif, de même que celles qui pourraient naître de son application et que les intéressés n'auront pu régler à l'amiable».<sup>186</sup>

---

183. *Ibid.* aux pp. 234 -235.

184. *Rapport Prévost, supra* note 181 aux pp. 16-17: «Nous suggérons d'abord que, dans un texte de portée générale, le droit d'association soit reconnu aux patrons dans des unions patronales, aux ouvriers dans des unions ouvrières, aux uns et aux autres dans des unions mixtes, en vue de l'étude, du développement et de la défense de leurs droits et de leurs intérêts économiques, industriels, sociaux et moraux. Cette liberté d'association est déjà reconnue, mais il ne serait pas déplacé d'en affirmer le principe dans une disposition expresse.»

185. *Ibid.* à la p. 18 : «Pour le cas où il existerait encore quelque patron qui soit opposé au principe du contrat collectif de travail, nous suggérons que la loi décrète que dans tout établissement visé par la loi, le patron soit tenu de négocier un contrat de ce genre lorsqu'il sera requis par plus de la moitié de ses ouvriers.»

186. *Ibid.* à la p. 20.

Le législateur fédéral était en voie d'adopter le C.P. 1003,<sup>187</sup> qui visait à assurer la stabilité des rapports collectifs de travail en temps de guerre afin d'y assurer la paix industrielle et qui, comme nous l'avons souligné antérieurement, était grandement inspiré du *Wagner Act* américain qui imposait à l'employeur l'obligation de reconnaître comme représentant légal le syndicat majoritaire et de négocier avec lui un contrat collectif de travail.<sup>188</sup> Dans ses traces, le législateur provincial adopta la *Loi des relations ouvrières* qui consacrait les mêmes principes. On y consacrait le droit d'association, propre à chaque salarié, le droit à l'accréditation, propre à chaque association de salariés majoritaire, et le droit à la négociation collective entre l'association accréditée et l'employeur forcé de reconnaître cette association comme le représentant légal des salariés de son entreprise. Tout ceci constitue une autre corroboration de l'implantation de nouvelles règles de droit qui, bien que s'inspirant du droit civil du moins au niveau

---

187. Cet arrêté fédéral obligeait les employeurs, du moins pour cette période de guerre, à négocier de bonne foi avec les représentants des travailleurs : voir R. Chartier, *supra* note 178 à la p. 355.

188. J. Marchand, *supra* note 182 aux pp. 237-238 où traitant de l'historique du *Wagner Act*, l'auteur indique: «Comme il n'y avait pas d'obligation légale pour l'employeur de reconnaître un syndicat, fut-il majoritaire, et de négocier un contrat de travail avec ses représentants, la force économique était le recours fondamental. Mais avant que cette force joue au niveau de l'employeur, les travailleurs devaient se choisir un syndicat. L'histoire est donc parsemée de luttes entre les syndicats afin d'établir lequel pouvait se prétendre le représentant légitime de la majorité dans une unité donnée de négociation. Cette étape fut très souvent marquée par la violence et des grèves mémorables. L'employeur apparaissait alors comme une victime de l'effort de syndicalisation de ses employés. Lorsque le problème d'affiliation syndicale était réglé (plus ou moins), le syndicat vainqueur devait affronter l'employeur qui, souvent, refusait de le reconnaître comme agent négociateur. Une autre lutte s'engageait alors dont l'arme ultime était la grève ou le lock-out. Si le conflit était réglé positivement (c'est-à-dire par la reconnaissance du syndicat majoritaire), le débat recommençait sur le contenu de la convention collective de travail. Encore là, dans l'hypothèse de la mésentente, la force économique était le dernier recours des parties. Le *Wagner Act* réglait, au moins légalement, les deux premiers problèmes. La reconnaissance syndicale était acquise par une procédure de vérification des listes de membres en règle des syndicats ou par un vote de représentation. Le syndicat majoritaire obtenait une reconnaissance légale et exclusive dans l'unité faisant l'objet des requêtes en accréditation, et l'employeur devait négocier de bonne foi avec lui. La négociation elle-même était réglementée avant de donner ouverture au conflit de force. Le *Wagner Act* éliminait donc les plus graves perturbations reliées aux luttes intersyndicales et l'affrontement auquel donnait habituellement lieu la reconnaissance d'un syndicat par l'employeur.»



de la conclusion du contrat, s'en détachent peu à peu afin d'assurer la paix industrielle et par conséquent la paix sociale. Il devenait donc préférable de renoncer à la règle de la relativité entre les parties employeur-employé pour y instaurer une autre dimension qui, quoique nouvelle, était plus familière à la réalité collective des rapports de travail.<sup>189</sup> La Cour suprême du Canada avait elle-même reconnu cette nouvelle dimension dans les rapports contractuels collectifs de travail dans la célèbre affaire *Paquet*.<sup>190</sup> D'ailleurs, à propos de ce nouveau système de convention collective, certains auteurs sont d'avis qu'il a été instauré par le législateur dans le but de sauver l'institution contractuelle liée aux relations du travail, tout en permettant de rétablir l'égalité des rapports de force des cocontractants. Ainsi, «le législateur se serait déchargé d'une tâche difficile. Les rapports multiples et variés des employeurs et des employés seraient bien plus aisément établis par l'accord des intéressés que par la loi et il serait ainsi possible de tenir compte de la variété des industries et des emplois.»<sup>191</sup>

---

189. *Magasins Wise c. Syndicat international des travailleurs et des travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503*, [1992] T.T. 337 à la p. 349 : «Dans cette optique, le mécanisme d'accréditation des syndicats a été privilégié pour contrebalancer le pouvoir des utilisateurs de la main-d'œuvre comme étant un moyen de parvenir à une relative paix sociale.»

190. *Syndicat catholique des employés des magasins de Québec inc. c. Compagnie Paquet Ltée.*, [1959] 1 R.C.S. 206 à la p. 212 : «If the relation between employee and union were that of mandator and mandatary, the result would be that a collective agreement would be the equivalent of a bundle of individual contract between employer and employee negotiated by the union as agent for the employees. This seems to me to be a complete misapprehension of the nature of the juridical relation involved in the collective agreement. The union contracts not as agent or mandatary but as an independent contracting party and the contract it makes with the employer binds the employer to regulate his master and servant relations according to the agreed terms». L'auteur F. Morin, dans son volume *Jurisprudence commentée en droit du travail*, Cowansville, Yvon Blais, 1992 à la p. 198 résume bien les positions opposées qui avaient force à cette époque, notamment entre la Cour d'appel et la Cour suprême, sur la portée de la convention collective : «Ces prises de position diamétralement opposées de la Cour d'appel et de la Cour suprême du Canada illustrent bien la difficulté que l'on éprouvait à concevoir en droit les rapports collectifs du travail, notamment le statut du syndicat accrédité et la nature de la convention collective. Si les juges de la common law siégeant à la Cour suprême semblent avoir accepté plus rapidement ces données nouvelles, on ne peut dire que l'argumentation juridique énoncée à cet arrêt constituait un grand apport».

191. G. Ripert, *supra* note 6 aux pp. 279-280.

Le C.P. 1003 n'a pas eu des effets bénéfiques que pour le monde syndical et pour favoriser l'adoption de la *Loi sur les relations ouvrières*; il fut également salubre pour la *Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail* adoptée en 1948 par le gouvernement fédéral. L'arrêt C.P. 1003 qui, notamment, rendait obligatoires les négociations collectives et un mode de procédure uniforme en matière d'accréditation, a servi d'impulsion aux mouvements syndicaux pour forcer le gouvernement fédéral à préconiser la permanence de ce système législatif.<sup>192</sup> L'un des buts avoués du gouvernement fédéral, en adoptant cette loi, était de favoriser la création d'un système qui pourrait servir de modèle aux provinces et qui garantirait une certaine cohésion entre elles; ceci aurait pu avoir pour effet de briser cette tendance amorcée qui se voulait d'atteindre une paix industrielle.<sup>193</sup>

Toujours dans le but d'assurer le respect de l'activité syndicale et de protéger le salarié dans l'exercice de ce droit, le législateur provincial adoptait en 1960 des dispositions dérogatoires au droit commun qui visaient à assurer une certaine sécurité d'emploi au salarié. Dorénavant, on empêchait l'employeur d'utiliser les règles civiles du préavis de terminaison d'emploi pour justifier la résiliation d'un contrat de travail, alors que la véritable intention pouvait être l'activité syndicale exercée.<sup>194</sup> En ce sens, comme le mentionnait le tribunal du travail, dans les années qui suivirent l'adoption de ces dispositions, «on voit donc que ces dispositions débordent le cadre du contrat individuel de travail et qu'elles accordent au salarié congédié pour activités syndicales une sécurité d'emploi qui ne trouve pas sa source dans le *Code civil* et qui en rendent même certaines dispositions inapplicables».<sup>195</sup>

---

192. R. Chartier, «Contribution à l'histoire québécoise du travail (VIII)», (1964) 19 *Relations industrielles* 189 à la p. 190.

193. *La Gazette du Travail*, Ministère du travail, Ottawa, septembre 1950 à la p. 1444.

194. Nous parlons évidemment ici des dispositions relatives à la protection de l'activité syndicale que nous retrouvons aux articles 15 à 20 du *Code du travail* et qui à l'époque étaient paraphrasées entre les articles 21a) à 21 e) de la *Loi des relations ouvrières supra* note 172.

195. *United Last Co. c. Le tribunal du travail*, [1973] T.T. 423 à la p. 435. Un peu plus loin, dans le jugement le tribunal ajoute à la p. 435 et 436: «En outre le commissaire-enquêteur peut ordonner le paiement au salarié du salaire et des autres avantages dont son "congédiement" l'a privé. Le texte précise qu'il s'agit d'un paiement à titre d'indemnité. C'est en quelque sorte une pénalité imposée à raison de l'acte illégal posé et qui va plus loin, malgré les apparences premières, que simplement replacer les parties dans la situation juridique dans laquelle elles se trouvaient avant le congédiement. Sous cet aspect, je dirais

Cependant, à l'époque de l'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions législatives, ce principe dérogatoire au droit commun n'était pas totalement absolu. Le salarié devait quand même avoir recours aux tribunaux civils ou de droit commun pour faire sanctionner son droit. De surcroît, à l'époque, contrairement à aujourd'hui où ce recours est exercé devant un commissaire du travail par le salarié lui-même ou par le Commissaire général du travail,<sup>196</sup> la Commission des relations ouvrières pouvait intenter, pour le bénéfice du salarié, l'action en recouvrement de l'indemnité devant le tribunal compétent en fonction du montant réclamé, afin de récupérer de l'employeur les sommes dues et découlant de son ordonnance.<sup>197</sup> On se détachait des règles de droit civil, mais pas de la juridiction des tribunaux civils. Nous constatons ici une manifestation permettant de cerner une incompatibilité entre la juridiction des tribunaux de droit commun et l'application d'une règle de droit établie par une loi du travail qui déroge aux règles civiles. Des juges de droit commun chargés d'appliquer des lois dérogatoires aux principes de droit civil. Il y avait là une certaine antinomie corrigée toutefois par le législateur, quelques années plus tard, par l'attribution de cette compétence en faveur du commissaire du travail et ce tant à l'intérieur des rapports collectifs de travail qu'à l'intérieur des rapports individuels.

---

que les articles 14, 15 et 16 créent entre l'employeur et le salarié une nouvelle situation juridique, qu'ils modifient le contrat de travail et qu'ils donnent au salarié de nouveaux droits, indépendamment du Code civil et même de toute convention collective de travail». À noter qu'à l'époque de cette décision la juridiction des plaintes pour activités syndicales était confiée, tout comme aujourd'hui, au commissaire du travail.

196. *Code du travail*, S.R.Q. 1964, c. 141, art. 18 [ci-après *Code du travail* de 1964].

197. *Ibid.* Voir aussi à ce sujet, M.-L. Beaulieu, «Les nouveaux pouvoirs de la C.R.O. en matière de renvoi pour activité syndicale et les tribunaux du travail», (1962) 17 *Relations industrielles* 62 à la p. 63. Curieusement, cet ancien système de réclamation devant les tribunaux de droit commun respectait probablement mieux le droit à un audition impartiale garanti, notamment en faveur de l'employeur, par l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne* (L.R.Q. c. C-12 [ci-après *Charte des droits et libertés de la personne*]) puisque la C.R.O. ne procédait pas à la nomination de celui qui va entendre la demande en fixation d'indemnité, alors que sous le *Code du travail*, celui qui entend la demande est désigné par celui qui exerce le droit du salarié, soit le Commissaire général du travail. Nous avons d'ailleurs, dans un article antérieur, soulevé cette interrogation : J.-L. Dufour, «Le concept d'intérêt dans les litiges juridictionnels à caractère individuel découlant des relations du travail», (1997) 38 *C. de D.* 607 à la p. 651.

Ainsi voilà qu'en 1964 le législateur adopte le *Code du travail*<sup>198</sup> qui «constitue une simple mise à jour de certaines lois du travail».<sup>199</sup> En effet, voici comment Morin résume les origines immédiates du Code du travail :

«Avant cette date, nous avions une série de lois éparses et chacune se limitait à quelques règles sur des points précis et édictés au fur et à mesure que l'on en ressentait l'utilité ou la nécessité. Ces lois du travail, non reliées les unes aux autres et sur-amendées au cours des trente années antérieures, pouvaient être difficilement connues et comprises par leurs propres bénéficiaires, les salariés. Pour clarifier la situation et aussi, pour faire la synthèse des règles de base d'alors du droit des rapports collectifs de travail, le législateur en entreprit la codification en 1964. Ainsi, le *Code du travail* constitue une refonte des lois, alors existantes [...]»<sup>200</sup>

Cinq années plus tard, le Code était substantiellement amendé, notamment afin de remplacer la Commission des relations ouvrières, jusque-là responsable de l'accréditation syndicale, par des organes administratifs et judiciaires et aussi afin de remplacer le régime d'accréditation jusque-là dit «privé» puisqu'il se limitait à valider le statut des associations volontairement reconnues par l'employeur, par un régime d'accréditation public en plusieurs étapes.<sup>201</sup> On constituait alors, pour certains, un «embryon d'un ordre juridictionnel propre au travail».<sup>202</sup> Des raisons d'efficacité justifiait cette modification compte tenu des trop longs délais

---

198. *Code du travail* de 1964, *supra* note 196.

199. F. Morin, «Commentaire des arrêts – Pour une meilleure concordance de nos lois du travail», (1965) 25 R. du B. 237.

200. F. Morin, «Rapports collectifs du travail», *supra* note 174 à la p. 32. Sur les mêmes propos, voir R. Blouin, *Le Code du travail du Québec 15 ans après....* dans *Le Code du travail du Québec*, R. Blouin et al., dir., Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1979 à la p. 15. Voir aussi G. Hébert, *supra* note 14 à la p. 41.

201. F. Morin, «Aperçu général et critique de la Loi modifiant le Code du travail – 13 juin 1969», (1969) 24 *Revue de relations industrielles* aux 623 à la p. 626 : «L'idée maîtresse à la base de cette réforme se résumait ainsi : assouplir et accélérer le mécanisme décisionnel en matière d'accréditation en confiant à des fonctionnaires l'administration de ces requêtes et en réservant à un tribunal spécialisé la partie "judiciaire" de l'affaire».

202. P. Verge, «La mission-type d'un Conseil des relations du travail moderne», (1981) 36 *Relations industrielles* 663.

occasionnés devant la Commission.<sup>203</sup> On voulait confier ce qui constituait la portion administrative du processus d'accréditation à un fonctionnaire, soit l'agent d'accréditation et la partie judiciaire à un commissaire-enquêteur dont la décision justement, en raison de son caractère quasi-judiciaire, était susceptible d'appel devant le tribunal du travail<sup>204</sup>. Certaines décisions de la Cour supérieure affirment que la décision rendue par l'agent d'accréditation est de nature quasi-judiciaire puisqu'elle affecte le statut de nombreuses personnes.<sup>205</sup> Nous sommes plutôt d'opinion que la décision de l'agent d'accréditation en est une strictement technique ou administrative puisque l'agent d'accréditation ne fait que constater une situation. Il ne décide pas du droit de chacune des parties en fonction des faits et des prétentions de ces mêmes parties. Il constate un accord entre l'employeur et une association de salariés et accrédite en fonction de cet accord.<sup>206</sup>

On a voulu par la suite apporter des modifications majeures à ce système, par l'adoption, en 1987, de la *Loi constituant la Commission des relations du travail*

---

203. *Débats de l'Assemblée nationale du Québec*, 12 juin 1969, p. 2759., où traitant de la séparation des pouvoirs d'accréditation, le ministre du Travail et de la main-d'œuvre de l'époque, monsieur Bellemare, mentionne ce qui suit: «Je ne pense pas non plus, que ceux qui ont déjà connu les aléas d'un tribunal du travail soient contre cette idée qui est magistrale, surtout aujourd'hui, à cette époque mouvementée, qui fait que, tous les jours, nous avons des problèmes considérables. Il reste que ce sont des problèmes d'administration qui doivent être réglés par des fonctionnaires. C'est pour ça que cela va mal à la CRT. Si on avait séparé les problèmes de l'administration, qui peuvent être réglés par des fonctionnaires purement et simplement, des problèmes qui relèvent de l'administration de la justice, nous n'aurions pas tout cet enchevêtrement. C'est avec les années – cinq années ont passé – que nous avons pu nous rendre compte de ce fait.

L'administration aux fonctionnaires et la justice aux tribunaux». Pour un commentaire sur ces propos ministériels, voir F. Morin, *supra* note 201 à la p. 626.

204. *Débats de l'Assemblée nationale du Québec*, *supra* note 203 à la p. 2761.

205. *Caisse populaire Saint-François D'Assise de Montréal c. Malouin*, [1980] C.S. 34.

206. L'article 21 du *Code du travail*, *supra* note 18 précise d'ailleurs que dans le cadre du processus d'accréditation, le droit d'accréditation existe en faveur de toute association qui forme un groupe distinct suivant l'accord entre l'employeur et l'association et constaté par l'agent d'accréditation. De surcroît, dès que la situation devient litigieuse, l'agent d'accréditation ne peut plus agir et doit référer au commissaire général du travail qui mandatera un commissaire afin de faire enquête et de rendre une décision : articles 28d), 29 et 30 du *Code du travail*.

*et modifiant diverses dispositions législatives.*<sup>207</sup> Par son entrée en vigueur, cette loi aurait provoqué un bouleversement majeur du cadre structurel des tribunaux du travail ayant juridiction dans la majeure partie des litiges découlant des lois applicables aux relations de travail. En outre, cette loi remplaçait l'agent d'accréditation, le commissaire du travail et le Tribunal du travail par une commission des relations du travail dont un certain nombre de pouvoirs délégués étaient attribués à des commissaires ou à des agents de relations de travail. La Commission était notamment chargée de voir au respect des dispositions en matière de protection de l'activité syndicale et des dispositions en matière d'accréditation et cela, à l'exclusion de tout autre tribunal.<sup>208</sup> La loi lui accordait même des pouvoirs similaires à ceux de la Cour supérieure puisqu'on y prévoyait la possibilité que la Commission de rendre des ordonnances en matière de grève ou de lock-out qui contreviendrait au *Code du travail* tant dans l'entreprise privée que dans le secteur public.<sup>209</sup> Le législateur avait finalement décidé de créer un véritable tribunal du travail à juridiction exclusive dans la presque totalité des litiges découlant d'une relation de travail, à l'exception de la procédure de règlement en matière de convention collective. On se rapprochait à grands pas du rêve de certains de créer un tribunal exclusivement responsable des litiges découlant des relations de travail, peu importe que ces litiges origine d'une loi statutaire ou du *Code civil*.<sup>210</sup> Mais il y a loin de la coupe aux lèvres puisque la loi, bien que sanctionnée, ne fut jamais mise en vigueur.

---

207. *Loi constituant la Commission des relations du travail et modifiant diverses dispositions législatives*, L.Q. 1987, c. 85. Cette loi faisait suite au rapport Beaudry : Commission consultative sur le travail et la révision du Code du travail, *Le travail une responsabilité collective – rapport final de la Commission consultative sur le travail et la révision du Code du travail*, Québec, Direction générale des publications gouvernementales du ministère des Communications du Québec, 1985.

208. *Ibid.*, art. 135.

209. *Ibid.*, art. 137-137.4.

210. A. Rousseau, «Le tribunal du travail», (1970) 25 Relations industrielles 302 à la p. 307. L'auteur indique que selon lui, l'organisme ainsi mis en place devrait avoir juridiction pour a) tous recours civils mettant en cause un employeur et un travailleur ou une association de travailleurs; b) tous recours civils et pénaux découlant d'une loi administrative du travail; c) toutes injonctions et tous autres recours exercés à l'encontre de personnes ou organismes chargés de l'application du droit du travail, ou à l'encontre de décisions rendues en la matière; tous recours dévolus à l'actuel tribunal du travail et e) tous recours à l'arbitrage de différend et de grief. Voir aussi C. Jobin, «Considérations sur la nature, le rôle et l'influence de la doctrine en droit du travail au Québec», (1985) 26 C. de D. 1046 à la p. 1063.

Comme on peut le constater à la lumière de toute cette évolution législative, plusieurs motifs semblent avoir joué, à un moment ou à un autre un rôle déterminant dans l'établissement de nouvelles conditions devant régir les rapports de travail qu'ils soient individuels ou collectifs. Différentes motivations ont en effet justifié le législateur à déroger aux règles du droit civil et ce, principalement en raison du fait que la nature de la relation entre un employeur et un employé ne pouvait être déterminée sur la même base que les autres contrats régis par ce même droit. Selon nous, nous pouvons regrouper ces motifs en quatre catégories : idéologiques, économiques, politiques et juridiques.

## **2. MOTIFS AYANT JUSTIFIÉ LES INTERVENTIONS LÉGISLATIVES DANS LES RELATIONS DU TRAVAIL**

À la lumière de ce que nous venons d'exposer quant à l'historique des relations du travail nationales et internationales, nous pouvons affirmer que différentes raisons ont justifié l'État à donner suite à toutes ces modifications législatives touchant les rapports collectifs, l'amélioration des conditions minimales de travail ou encore le régime de protection de l'intégrité physique des travailleurs.

Premièrement, des raisons idéologiques qui reposaient sur les excès constatés dans la mise en oeuvre du libéralisme économique. L'employeur pouvait en effet exploiter ou profiter du statut «précaire» de son employé et de l'absence de la reconnaissance de certains droits protégeant ses conditions de travail, tant celles touchant le normatif et le monétaire que celles se rapportant à sa santé et sa sécurité. Comme le souligne Gignac, «l'inorganisation des forces ouvrières permettait aux patrons de garder l'entier contrôle de la société industrielle».<sup>211</sup>

Deuxièmement, des raisons économiques ont amené le législateur à modifier le tableau conventionnel de la relation employeur-employé du début du siècle. Ces raisons économiques étaient fondées quant à elles sur le fait qu'une croissance continue d'une société industrielle se traduit par un nombre plus élevé d'ouvriers. En valorisant la protection des conditions de travail des ouvriers, notamment par l'instauration des lois garantissant un salaire minimum, l'État s'assurait du maintien

---

211. J. Gignac, *supra* note 127 à la p. 194.

de cette croissance. Ainsi, plutôt que de maintenir la richesse concentrée entre les mains des mêmes individus, l'État permettait à un plus grand nombre d'individus de bénéficier de cette croissance économique. Le même principe prévalait aussi dans d'autres pays pour justifier l'instauration, au début du siècle, de différents systèmes de conciliation et d'arbitrage visant à déterminer les conditions de travail des salariés.<sup>212</sup> Ayant instauré des règles de droit social visant à assurer la protection du salariat, il devenait nécessaire de créer une juridiction particulière capable de trancher des litiges découlant de ces rapports «sociaux» du travail.<sup>213</sup>

Troisièmement, des raisons politiques ont elles aussi justifié ces interventions législatives. En effet, «le maintien d'une partie substantielle de la population dans une situation d'extrême misère constitue une menace pour l'ordre établi».<sup>214</sup> Dans le but d'assurer le respect de ces lois du travail à connotation sociale, puisqu'elles visaient à traiter de ce rapport d'inégalité entre l'employeur et le salarié, il fallait instaurer divers mécanismes pour assurer la protection des droits des travailleurs et cela, afin de maintenir un certain rapport de force au pouvoir de subordination de l'employeur ou, comme le déclare Lyon-Caen, au *privilège du préalable* de l'employeur un droit de recours est donc nécessaire pour le salarié.<sup>215</sup> Ainsi, en raison de l'assujettissement économique et juridique à l'intérieur duquel se trouvait le salarié dans son rapport avec son employeur, l'État se devait d'instaurer divers recours comme correctifs nécessaires à cet état de subordination.<sup>216</sup>

Enfin, et nous sommes d'avis qu'il s'agit de l'élément le plus important, des raisons juridiques ont appuyé ces modifications législatives et l'instauration de lois à caractère protectionniste. Cela est bien simple à comprendre. Les quelques

- 
212. J. Guilbeault, «Les lois québécoises de conciliation et d'arbitrage», (1951) 11 R. du B. 221 à la p. 224, où l'auteur, traitant du système néo-zélandais mentionne que «[d]e son côté, le gouvernement opinait que les conflits permanents entre le capital et le travail, non seulement appauvrissaient les travailleurs, mais entraient aussi dangereusement la prospérité nationale».
213. E. Colas, *supra* note 104 à la p. 76.
214. B. Teyssié, *Droit du travail : Relations individuelles de travail*, vol.1, Paris, Librairie de la Cour de cassation, 1992 à la p. 9.
215. «Rapports entre droit civil et droit du travail», *supra* note 3 aux pp. 245-246.
216. G. Lyon-Caen, J. Pélissier et A. Supiot, *Droit du travail*, 17<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1994 à la p. 533.



articles du *Code civil du Bas-Canada* en matière de louage d'ouvrage ne collaient plus à la réalité des relations du travail. Les tribunaux de droit commun, chargés d'appliquer les règles civilistes, ne pouvaient plus répondre au cadre particulier de la relation d'emploi, qu'elle soit individuelle ou collective. La relation de travail ne pouvait donc plus être simplement régie par les règles du droit civil.<sup>217</sup> Les tribunaux de droit commun ne pouvaient plus se limiter à décider en fonction des seules règles du droit civil.

Il fallait donc aller plus loin et tenir compte, dorénavant, «des institutions, des pratiques, qui n'avaient jamais été prévues par le législateur et dont la nature était de moins en moins accessible aux méthodes et sanctions du droit civil».<sup>218</sup>

En effet, à l'époque où les règles civilistes ont été conçues, nos codificateurs étaient loin de se douter que les questions ouvrières prendraient autant de place dans l'histoire et dans l'économie de chaque pays. Il ne s'agissait pour l'époque que d'une simple relation contractuelle engendrant des obligations pour chacune des parties et leur octroyant en contrepartie de ces mêmes obligations certains droits afin d'assurer l'exécution de ce contrat :

«En effet, lorsqu'on cherche dans notre droit civil les dispositions qui règlent les rapports des patrons et de leurs ouvriers, on n'y rencontre que quelques articles généraux, qui ne peuvent suffire à résoudre les nombreuses difficultés qui se présentent chaque jour. Le silence à ce sujet de notre législation sur le contrat de travail s'explique assez facilement. À l'époque de la codification de nos lois civiles, les questions ouvrières n'avaient que peu d'importance et l'industrie n'avait pas atteint le plein développement que l'on constate aujourd'hui. Le législateur ne pouvait prévoir un état de choses alors presque inconnu, et établir des règles à ce sujet en vue de l'avenir. Les lois se font dans le but de satisfaire aux exigences actuelles de la société, mais ne peuvent répondre à des situations

---

217. G. Ripert, *supra* note 6 à la p. 276 : «Or la vie humaine ne peut pas être l'objet d'un contrat. Il ne faut pas dire seulement, comme on le dit communément en parlant de la fixation du salaire, le travail n'est pas une marchandise; il faut dire que le travail c'est l'homme même dans son corps et dans son esprit, et qu'il n'y a pas là l'objet possible d'un contrat de droit privé.»

218. J.-R. Cadrin, «Le particularisme et l'esprit propre du droit du travail» dans Département des relations industrielles de l'Université Laval, *Les tribunaux du travail*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1961 à la p. 118.

nouvelles qui se font jour par la suite. Voilà pourquoi les codificateurs de notre droit civil, imitant d'ailleurs l'exemple des rédacteurs du code civil français, n'ont consacré que quelques articles au contrat de louage des ouvriers; ce sont les articles 1667 à 1671, soit quatre articles.»<sup>219</sup>.

Cette conceptualisation de l'évolution de la relation du travail peut être constatée à l'intérieur même du cadre des principales lois du travail qui gouvernent notre économie. D'abord en ce qui a trait à la détermination des conditions minimales de travail, l'intervention du législateur fut rendue nécessaire pour mettre un frein au libéralisme contractuel du droit civil qui favorisait l'employeur au détriment de l'employé. Nous l'avons souligné précédemment,<sup>220</sup> la *Loi sur les normes du travail*, tout comme ses ancêtres, déroge, à titre de loi sociale, à la liberté contractuelle en imposant des conditions minimales nécessaires à la validité du contrat de travail dans le but avoué de rétablir un équilibre dans la négociation du contrat de travail.<sup>221</sup>

Il en fut de même à l'égard du système d'indemnisation des accidents du travail et des maladies professionnelles. Lors de l'adoption du *Code civil du Bas-Canada*, on ne pouvait se douter que le travailleur ferait face à une machinerie aussi redoutable ou encore à des produits ou des procédés chimiques pouvant entraîner une maladie liée à l'exécution de la prestation de travail. On croyait que les règles de la responsabilité civile seraient suffisantes pour répondre aux dommages causés par un accident du travail. Qui plus est, on n'avait pas encore découvert de maladie liée au travail. On y allait en fonction du principe de l'inexécution des obligations, en l'occurrence de la prestation de travail, qui gouvernait à l'époque les relations contractuelles. Si l'employé n'était pas en mesure de fournir sa prestation de travail, il manquait à ses obligations contractuelles et il était renvoyé, faute de pouvoir respecter ses obligations. Son recours en était alors un de nature purement civile.

Avec le développement industriel, on comprit vite que le travailleur, en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle était laissé à lui-même et que les règles civiles ne lui étaient d'aucun secours :

---

219. J.C. Lamothe, *supra* note 53 au par. 4.

220. *Infra* partie 1. Voir aussi *Paré c. McDuff*, *supra* note 163.

221. P. Laporte, *supra* note 149.

«L'on comprit que l'ouvrier, dans la plupart des cas, est exposé à des risques inévitables d'accidents qui résultent de l'industrie, et qu'il n'est pas juste qu'il supporte seul les conséquences de ces risques dont il n'est pas la cause. Le salaire qu'il reçoit et qui suffit à peine pour subvenir à sa subsistance et à celle de sa famille, n'est que le prix de son travail et ne constitue nullement une compensation pour ces risques inhérents au travail industriel.

L'opinion publique s'émut de la situation précaire que la loi faisait à l'ouvrier, en lui faisant supporter seul les conséquences des accidents, dont la plus forte proportion devait être attribuée aux cas fortuits ou de force majeure, ou à des causes inconnues. Elle s'apitoya sur le sort de l'ouvrier, qui, à la suite d'un pénible accident, se trouvait jeté dans la misère avec sa famille, et était forcé de s'adresser à l'assistance publique, sans pouvoir exiger d'indemnité de l'industriel, qui cependant retire les bénéfices et introduit ces risques inévitables d'accidents.»<sup>222</sup>

On considérait donc que le risque d'accident du travail ou le risque de contracter ou de développer une maladie professionnelle allait bien au-delà de la simple relation contractuelle entre l'employeur et l'employé.

Les mêmes préceptes étaient aussi admissibles lorsque le législateur québécois adopta la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* à la fin de l'année 1979.<sup>223</sup> Comme la protection du travailleur dépassait la simple relation contractuelle et allait au-delà de la nature civile de la relation, le législateur instaura de nouveaux principes justement liés aux conditions environnantes du contrat de travail. Non seulement partait-on du principe que le travailleur n'avait pas à supporter seul les risques industriels, mais il devait aussi se voir accorder des outils pour ne pas y être exposé contre sa volonté. Toutefois, pour lui reconnaître ces différents moyens, il fallait passer outre aux principes contractuels du droit civil. En effet, si on se fie à ces principes, chacune des parties est tenue d'exécuter ses obligations et de prendre les mesures appropriées pour y arriver. Dans l'éventualité où l'une d'elles ne donne pas suite à ses obligations, l'autre n'est pas tenue aux

---

222. J.C. Lamothe, *supra* note 53 au par. 231.

223. *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q. c. S-2.1 [ci-après *Loi sur la santé et la sécurité du travail*].

siennes. C'est le principe civil de l'exception d'inexécution de l'obligation.<sup>224</sup> Ainsi, en droit civil, si le travailleur n'exécute pas sa prestation de travail parce qu'il a des motifs de croire que cela l'expose à un danger, l'employeur, sur la base du principe de l'inexécution de ses obligations, ne serait pas obligé de le rémunérer. Or, le droit de la santé et de la sécurité du travail passe outre à cette autre règle civiliste en permettant non seulement au salarié de se retirer du travail dans de telles circonstances, mais en lui accordant le droit d'être rémunéré pendant cette période de retrait.<sup>225</sup> Le travailleur n'est pas tenu de fournir sa prestation de travail en raison de la présence d'un risque industriel; de son côté l'employeur demeure tenu à la sienne qui consiste à verser la rémunération du salarié. Encore ici, on ne veut pas lui faire supporter seul les conséquences d'un risque potentiel d'accident du travail. On doit considérer que cette question du risque industriel va, elle aussi, bien au-delà de la simple relation contractuelle d'emploi prévue en droit civil. Comme le souligne Morin :

«Il nous faut donc constater que les questions relatives à la santé et à la sécurité des travailleurs ne ressortent plus du seul cadre de la responsabilité civile de l'employeur à titre de propriétaire des moyens de production. On ne peut plus aborder ces questions sous l'angle des obligations du "bon père de famille" que devait être l'employeur selon le modèle civiliste. Les travailleurs, directement et par le truchement de leur syndicat accrédité, ont

---

224. Art. 1591 C.c.Q. Antérieurement à 1994, ce principe n'était pas sanctionné législativement. Il découlait de la jurisprudence et de la doctrine. Voir à cet effet, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993 à la p. 980. En droit français, la reconnaissance du même principe, en regard du droit civil, a été reconnu dans un autre secteur des relations du travail, où chez nous le législateur est déjà intervenu. Il s'agit du cas de la mise à pied occasionné en raison de difficultés économiques. Traitant de ce sujet, J. Pélessier, *supra* note 92 à la p. 393 indique à propos d'une décision rendue à l'époque par la Cour de cassation : «Il est admis que l'employeur peut, lorsque l'entreprise rencontre des difficultés économiques, mettre les salariés en chômage technique. Et la Cour de cassation de juger "qu'aucun salaire n'est dû en principe lorsque le travail n'a pas été accompli". Curieuse application du droit contractuel, qui permet à une partie de ne pas exécuter son obligation (fournir un travail) et d'invoquer cette inexécution pour ne pas payer sa dette à l'autre partie. Habituellement, celui qui invoque l'exception d'inexécution, invoque l'inexécution de l'autre partie et non pas la sienne. Si les juges voulaient respecter les règles du droit civil, ils devraient décider que l'employeur n'est libéré de son obligation de fournir du travail qu'autant qu'il rapporte la preuve d'un cas de force majeure».

225. *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, *supra* note 223, art. 14 *in fine*, «...et le travailleur qui exerce son droit de refus est réputé être au travail lorsqu'il exerce ce droit.» Voir à cet effet, B. Cliche, S. Lafontaine et R. Mailhot, *supra* note 45 à la p. 235.

dorénavant des droits bien établis en cette matière et pourront participer activement et de leur propre chef à la gestion de ces dossiers. Il apparaît alors évident que ces éléments nouveaux constituent une autre facette modifiant la gestion de l'entreprise.»<sup>226</sup>

La dérogation à la règle civile a aussi été appliquée en matière collective puisque de la règle concernant la relativité de l'effet des contrats entre les seules parties contractantes,<sup>227</sup> le législateur y a ajouté une nouvelle dimension en liant les salariés, dûment représentés par leur association accréditée, au contrat de travail conclu avec l'employeur.<sup>228</sup> Il ne s'agissait plus d'une simple relation contractuelle entre deux individus possédant chacun un patrimoine. Il y avait changement de la personnalité juridique de l'une des parties, en l'occurrence celle du salarié, puisqu'on reconnaissait le caractère collectif de sa personnalité juridique en permettant à des syndicats d'agir pour le bénéfice de ces derniers regroupés en association.<sup>229</sup>

---

226. F. Morin, «Nouvelle présence de l'État dans les relations du travail», (1984) 39 Relations industrielles 744 aux pp. 751-752.

227. Art. 1440 C.c.Q.

228. *Code du travail*, *supra* note 18, art. 67. À ce propos, voir R.P. Gagnon, L. Lebel et P. Verge, *Droit du travail*, 2<sup>e</sup> éd., Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1991 à la p. 521, où, traitant du caractère dualiste de la convention collective, les auteurs s'expriment comme suit : «Par contre, la qualification purement contractuelle rend mal compte de la portée réelle de la convention collective. Rompant avec la théorie traditionnelle de l'effet relatif des contrats, que consacre l'article 1025 du *Code civil du Bas-Canada*, la convention impose un cadre de nature réglementaire, au sens large du terme, aux rapports entre l'ensemble des salariés qu'elle régit et leur employeur. [...] Lorsque l'entente intervient dans les conditions de forme prévues, elle acquiert donc un véritable caractère de réglementation privée. Elle devient en quelque sorte, pour sa durée, la "loi" des rapports entre l'employeur et les salariés. En cas d'inexécution par l'autre partie, l'impossibilité de recourir au droit traditionnel de résolution des contrats confirme ce caractère réglementaire et la volonté du législateur de régir durablement les rapports entre les parties. Liant tous les salariés, la convention tire sa portée obligatoire non de la volonté des parties et encore moins de la libre adhésion des salariés, mais de la loi elle-même. Dès sa conclusion, la convention collective apparaîtra, pour le groupe qu'elle régit et pour tous ceux qui s'y intègrent, comme un ensemble de règles fixes et prédéterminées dont l'existence et l'application ne dépendent pas de leur consentement personnel. Sous cet aspect, la convention collective échappe aux théories civilistes traditionnelles, comme celle de la stipulation pour autrui ou du mandat, qui ont parfois voulu l'expliquer.»

229. «Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail», *supra* note 24 à la p. 239.

Ainsi, avons-nous vu apparaître des règles de formation du contrat de travail qui s'écartaient des règles civiles en matière de contrat. Qui plus est, bien avant l'article 2097 C.c.Q. qui énonce que «l'aliénation de l'entreprise ou la modification de sa structure juridique par fusion ou autrement ne met pas fin au contrat de travail», le maintien du lien d'emploi en de telles circonstances était déjà reconnu en matière collective par l'article 45 du *Code du travail*.<sup>230</sup> Maintenant, l'article 2097 C.c.Q. déroge lui aussi au principe de la relativité des contrats énoncé à l'article 1440 du même code.<sup>231</sup> Même le droit civil s'est adapté à la réalité particulière des rapports contractuels de travail.

Petit à petit, le droit des relations du travail s'est éloigné des règles de droit civil compte tenu du caractère particulier de cette relation contractuelle. Le particularisme du droit du travail, comme l'énonce l'auteur Durand, conduit à ne laisser au droit commun qu'une place subordonnée.<sup>232</sup> À ce propos, certains sont d'avis qu'il s'agit d'un droit faisant l'objet d'un particularisme,<sup>233</sup> tandis que d'autres

- 
230. Rappelons-nous qu'au moment de l'entrée en vigueur de l'article 45, par le *Code du travail*, *supra* note 197 adopté en 1964, les règles civiles de la transmission du contrat de travail exigeaient, pour qu'il y ait maintien du lien d'emploi lors d'une vente d'entreprise, que le vendeur et l'acheteur prévoient par une clause de stipulation pour autrui énoncée au contrat de vente de l'entreprise que l'acheteur s'engageait à garder à son emploi les salariés de l'entreprise. L'autre solution, plus difficile d'application, consistait à stipuler au contrat d'emploi que l'employeur, en cas de vente de son entreprise ferait le nécessaire pour que l'acheteur maintienne le lien d'emploi du salarié. Cette promesse de «porte fort», tel qu'ainsi nommée à l'époque de l'ancien *Code civil du Bas-Canada* constituait un autre moyen d'assurer le maintien du lien d'emploi. Voir à ce propos R.P. Gagnon, *Droit du travail* dans Barreau du Québec, *Droit public et administratif*, t. 9, Cowansville, Yvon Blais, 1984 aux pp. 231-232. Pour d'autres exemples complémentaires à la constatation que plusieurs mesures du travail constituent des écarts au droit commun, voir F. Morin, *supra* note 89 à la p. 7.
231. R.P. Gagnon, *Le droit du travail du Québec – pratiques et théories*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 1999 à la p. 91.
232. P. Durand, «Le Particularisme du Droit du Travail», [1945] *Droit social* 298 à la p. 303. J. Péliissier, *supra* note 92 à la p. 388, reprend lui aussi le principe de Durand.
233. P. Durand, *ibid.* à la p. 298 : «Le droit du travail se détache du droit civil et s'érige en un système juridique indépendant. Le même mouvement l'emporte, qui a déjà entraîné le droit maritime ou le droit fiscal. C'est en ce sens que l'on pourrait parler d'une *autonomie* du droit du travail. Dans une terminologie rigoureuse, l'expression n'est cependant pas exacte. Aucune branche du droit ne peut se construire isolément : aucune n'est complètement autonome au sein de l'ordre juridique. Le terme particularisme est plus juste.» *Lapointe c. Morin*, J.E. 91-142 (C.A.) à la p. 9 du texte intégral, juge Monet : «Pour ma part, je suis d'avis que le droit du travail représente une branche du Droit qui est autonome et non pas

sont plutôt convaincus qu'il s'agit d'un droit hétéronome<sup>234</sup> qui s'inspire du droit civil. Bien que certains parlent même de dépendance du droit du travail en regard du droit civil,<sup>235</sup> ce qui est allé un peu loin selon nous, il est impossible de s'en dissocier.<sup>236</sup> Cependant, nul doute que le droit du travail fait partie de l'ordre juridictionnel social, c'est-à-dire d'un secteur de notre droit qui vise à rétablir les rapports de force entre deux groupes de la société et cela, en raison de la subordination juridique à laquelle est soumise l'employé et en raison de sa précarité économique.<sup>237</sup> En cela, le droit du

---

une dérogation au droit privé. Il obéit à des règles qui lui sont propres; cela n'exclut pas les emprunts à d'autres branches. Il doit être interprété à la lumière du dynamisme qui doit le caractériser. Il laisse assurément une place au rôle créateur des décideurs».

234. F. Morin, *supra* note 174 aux pp. 17-18 : «[B]ien que certains puissent désirer qu'il soit plus autonome, le droit du travail demeure, croyons-nous essentiellement hétéronome. Il ne pourrait être complet et se suffire à lui-même comme système juridique. Il est historiquement un produit résultant de l'adaptation du droit civil, certaines de ses assises relèvent du droit criminel, il emprunte plusieurs éléments et techniques du droit administratif et subit les coups et les contrecoups du droit économique. Parce qu'il ne s'adresse qu'à une partie de la société, ceux qui sont salariés, et qu'il ne touche qu'une dimension de la vie de ces mêmes personnes, le droit du travail est donc intrinsèquement parcellaire et ne peut que s'abouter à une ensemble juridique plus complexe et plus général.»

235. G. Picca, *Droit civil et droit du travail : contraintes et légitimité*, [1988] *Droit social*, 426 aux pp. 426-427.

236. M.-F. Bich, *supra* note 35 à la p. 542.

237. Y. Saint-Jours, *Un ordre juridictionnel social : pourquoi?* [1983] *Revue française des affaires sociales* 87. Le droit du travail fait partie de l'ordre juridictionnel social puisque non seulement veut-il protéger celui qui est dans la position la plus précaire et ainsi rétablir le rapport de force entre les différents intervenants du secteur d'activités à l'intérieur duquel il interagit, mais de plus l'exercice de certaines manifestations que l'on pourrait penser lui être particulières et exclusives peut tout aussi bien se retrouver en d'autres circonstances. L'exercice de la liberté d'association ne se retrouve pas seulement lors de l'exercice du droit à l'activité syndicale. Elle peut aussi être exercée par tous ceux qui exercent une activité professionnelle. Ainsi, cette liberté d'association peut aussi être le fondement juridique à la formation de travailleurs agricoles, de membres de professions libérales ou encore d'une certaine catégorie de fonctionnaires publics.

Par conséquent, le concept de regroupement dans l'exercice de cette liberté d'association ne se retrouve pas seulement en matière d'accréditation syndicale telle que définie au *Code du travail* [*supra* note 18].

La manifestation de grève et même celle de piquetage n'est pas l'apanage exclusif des relations du travail. Comme l'énonce Durand, "la grève a cessé d'appartenir en propre au droit du travail. Quel État n'a connu à l'époque moderne des grèves de fonctionnaires exigeant de nouvelles conditions de travail, de commerçants protestant contre le fardeau de la législation fiscale ou sociale, de médecins refusant de participer à certaines opérations administratives, d'exploitants agricoles rebelles à la législation sur les prix ou sur la collecte

travail se compare à d'autres secteurs du droit qui ont évolué en fonction des mêmes préceptes historiques liés au développement industriel.<sup>238</sup>

Ainsi, nous pouvons conclure que le droit du travail, en tant que droit social ayant un objectif protectionniste, ne se détache toutefois pas entièrement du droit civil. Il s'en inspire en plusieurs circonstances et le rend même applicable pour la résolution de certains conflits. Quelques exemples peuvent d'ailleurs nous éclairer. Nous avons souligné précédemment le cas de la notion d'entreprise découlant du droit civil dont les critères d'application avait permis à nos tribunaux de délimiter

---

des produits de la terre, de maires appuyant par leur résistance les revendications de leurs administrés. P. Durand, «Naissance d'un droit nouveau – Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle», [1952] *Droit social* 437 à la p. 438 : Ainsi, de conclure le même auteur, "nous ne pouvons plus en douter : le droit des rapports collectifs appartient à un monde juridique, plus vaste que le droit du travail, où viennent se fondre les différentes formes du travail humain : le droit de l'activité professionnelle". Le droit du travail est aussi un droit social lorsqu'on traite des différents régimes d'indemnisation des risques sociaux liés à l'exécution de la prestation de travail. Il en est de même aussi lorsqu'on porte attention aux lois régissant les conditions minimales normatives de travail. Considérant le droit du travail comme faisant partie de l'ordre juridictionnel social, Saint-Jours fait la démonstration que le droit du travail répond en tous points aux caractéristiques de cet ordre. D'abord en raison de sa spécificité qui veut en faire un droit protectionniste de ceux placés dans un état de subordination et faisant l'objet d'une certaine précarité économique découlant justement de cette subordination : Y. Saint-Jours, à la p. 14. Ensuite, parce que le droit du travail étant complexe, il se situe entre le droit privé et le droit public. Le droit du travail n'est pas du droit civil et n'est pas non plus du droit public Il se situe entre les deux et s'inspire même de chacun. Par exemple, lorsqu'il s'agit d'interpréter la notion d'"entreprise" au sens de l'article 45 du *Code du travail*, *supra* note 18, les tribunaux vont faire référence à la définition donnée par le droit civil : *U.E.S. c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048 à la p. 1113, où, traitant des règles relatives à l'aliénation ou à la concession d'une entreprise, le juge Beetz précise : "Il est impossible d'ignorer le droit civil quand il s'agit d'interpréter une disposition qui a pour objectif de déroger à l'une des règles de ce droit, celle de la relativité des contrats, d'autant plus que pour y parvenir le législateur emprunte précisément la terminologie du droit privé." Voir aussi une décision toute récente au même effet, puisque empruntant une terminologie de droit privé, notamment la notion de "vente sous contrôle de justice" tel que stipulée aux articles 2791 et s. C.c.Q. et aussi mentionnée à l'article 45 du *Code du travail*, *supra* note 18 : 9031-4949 *Québec inc. c. Union des employées et employés de service, section locale 800*, 97T-895 (T.T.), suivi : requête en évocation (C.S. 500-05-033514-975).

238. C'est d'ailleurs la remarque formulée en droit de la consommation, également un droit protectionniste à caractère social, dont l'évolution est liée au développement industriel et à la société de consommation. À ce propos, voir N. L'Heureux, *Droit de la consommation*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 1993 à la p. 1.



le cadre juridictionnel de l'article 45 du *Code du travail*.<sup>239</sup> Il en est de même aussi lorsqu'il s'agit de déterminer le degré de preuve devant le tribunal d'arbitrage de grief. Considérant le caractère «civil» de la convention collective, les arbitres de ce tribunal spécialisé du travail ont élaboré le principe que le degré de preuve recevable devant eux, pour la solution complète du litige qu'ils étaient chargés de décider, était celui de la prépondérance de la preuve fondé sur l'article 2804 C.c.Q.<sup>240</sup> à l'exception des cas de sanctions disciplinaires imposées suite à une infraction à caractère criminel, pour laquelle on exige un degré de preuve particulièrement convaincant considérant les motifs allégués au soutien de la sanction.<sup>241</sup> Ces mêmes arbitres ont aussi reconnu que la règle du fardeau de la preuve, hormis les cas en matière disciplinaire et notamment ceux en matière de congédiement,<sup>242</sup> devaient aussi reposer sur les règles civiles et que, par conséquent, la partie plaignante avait la charge d'en supporter les effets.<sup>243</sup> Soulignons aussi l'obligation de minimiser les dommages imposée au salarié qui exerce un recours découlant de la violation de l'article 15 du *Code du travail*. Cette règle vient aussi du droit civil et plus particulièrement de l'article 1479 du *Code civil du Québec*.<sup>244</sup>

Non seulement les tribunaux spécialisés du travail s'inspirent-ils des préceptes du droit civil pour rendre leurs décisions, mais le législateur lui-même a reconnu cette technique en les instaurant dans les diverses lois du travail. À titre d'exemple, soulignons l'existence de présomption légale au sens de l'article 2847 C.c.Q. et pour lequel l'article 17 du *Code du travail* constitue un excellent spécimen.

---

239. *U.E.S. c. Bibeault*, *supra* note 237 à la p. 1097.

240. R. Blouin et F. Morin, *Droit de l'arbitrage de grief*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 1994 aux pp. 330 et 331. Voir aussi, sur la question du degré de preuve devant l'arbitre C. D'Aoust, F. Delorme et A. Rousseau, «Considérations sur le degré de preuve requis devant l'arbitre de griefs», (1976) 22 McGill L.J. 71 à la p. 73, où les auteurs remettent en question cette jurisprudence arbitrale parce qu'«il n'est pas certain qu'on puisse identifier aussi aisément la convention collective à un contrat civil.»

241. *Monsieur «X» et Alliance des professeurs de Montréal c. Commission des écoles catholiques de Montréal*, [1974] S.A.G. 1940 aux pp. 1945 à 1951.

242. L. Verschelden, *La preuve et la procédure en arbitrage de griefs*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1994 à la p. 227 : «Par contre, en matière de congédiement, la jurisprudence a établi depuis longtemps que le fardeau de la preuve était renversé vers l'employeur. Une fois la preuve *prima facie* de l'existence d'un congédiement établie, l'employeur devra, en effet, apporter la preuve de l'existence d'une cause juste et suffisante de congédiement».

243. R. Blouin et F. Morin, *supra* note 240 à la p. 327, où les auteurs s'appuient sur l'article 2803 C.c.Q.

244. R.P. Gagnon, *supra* note 231 à la p. 235.

Mais il y a plus. Il n'y a pas seulement dans les règles de droit ou dans le cadre de solution jurisprudentielle que le recours au droit commun est profitable au droit du travail. Il l'est aussi lorsqu'il s'agit d'intenter certaines procédures nécessaires afin de faire respecter les dispositions de ces différentes lois du travail. Prenons le cas de l'injonction,<sup>245</sup> utile notamment pour forcer l'employeur à respecter les dispositions anti-briseurs de grève<sup>246</sup> ou encore pour limiter le droit au piquetage des travailleurs. Quoique la nature des conflits soit la même dans ce deux derniers cas, étant tous deux issus d'un conflit de travail, leur origine n'est pas la même. Le premier portant sur la violation d'une disposition spécifique d'une loi du travail, soit l'article 109.1 du *Code du travail*, tandis que le second origine des règles du droit de propriété du droit civil. Or, une fois rendu au stade de l'injonction, ce sont les règles civiles qui ont priorité dans la détermination de la recevabilité du recours et dans l'octroi ou le refus de l'ordonnance.<sup>247</sup>

On peut le constater : les règles du droit du travail et les moyens pour le faire appliquer ne se détachent pas facilement des règles et des moyens de droit civil.

---

245. Art. 751 et s. C.p.c.

246. J. Paquette, *Les dispositions anti-briseurs de grève au Québec*, Cowansville, Yvon Blais, 1995 à la p. 92. Voir aussi à propos de la question du recours à la procédure d'injonction lors des différents conflits de travail : R. Levac, «Les injonctions en matière de conflits de travail» dans M. Desrochers, dir., *La négociation collective en question, XI<sup>e</sup> colloque de relations industrielles*, Montréal, École de relations industrielles de l'Université de Montréal, 1980, p. 38 ainsi que P. Verge, «La protection du travail par l'injonction», (1981) 41 R.du B. 605.

247. A. C. Côté, *Le droit de piqueter, les briseurs de grève et les tribunaux de droit commun*, (1974) 29 Relations industrielles 606 à la p. 612 où, traitant d'une décision de la Cour d'appel, à propos de la balance des inconvénients subis ou à subir par une partie et nécessaires pour déterminer l'émission de l'injonction, Côté indique que la Cour n'a pas à tenir compte du fait que les salariés voient leur emploi leur échapper : «Dans l'état actuel de notre droit, les tribunaux n'avaient pas à tenir compte dans ce contexte. Une fois le droit de grève acquis, les modalités de son exercice sont de la juridiction des tribunaux de droit commun. Au civil, l'économie générale de nos lois du travail qui consacrent la préséance des droits collectifs sur les intérêts particuliers comme seul moyen de palier l'inégalité flagrante des prestataires au contrat individuel de travail, cesse d'opérer et à cause d'une lacune injustifiable de notre Code du travail, les juges utilisent comme paramètre l'égalité présumée des individus dans le champ contractuel lors de leur appréciation des faits relatifs à l'exercice de ce droit de grève.»

Comme dans tout autre secteur du droit à portée sociale et protectionniste,<sup>248</sup> les règles de droit commun sont présentes, nécessaires et complémentaires à la bonne application du droit du travail. Cependant, puisqu'il ne s'agit pas exclusivement d'appliquer strictement des règles de droit, qu'il ne s'agit pas uniquement de conflits de droit, mais aussi des conflits constitués pour une bonne partie d'intérêts opposés, il était nécessaire de tenir compte de la spécificité et de la complexité du monde des relations de travail et ainsi de ne pas confier aux tribunaux civils, habitués à décider exclusivement en fonction des règles de droit, la mise en application de ce droit à caractère social. Pour cela, à quelques exceptions près, la plupart des législateurs oeuvrant dans des pays industrialisés ont instauré un régime juridictionnel de tribunaux autonomes et spécialisés.<sup>249</sup> Au Québec, le législateur a également suivi cette tendance, du moins en partie, puisque tous les salariés n'ont pas accès à ces juridictions spécialisées et doivent par conséquent recourir aux tribunaux de droit commun.<sup>250</sup> Il s'agit d'une caractéristique particulière dont nous traiterons ultérieurement.

Compte tenu des rapports historiques du travail dont nous avons fait état précédemment et considérant les motifs qui sous-tendaient l'adoption de chacune de ces lois dérogoires aux règles civiles, lesquelles reposaient sur le développement d'un nouveau droit à caractère social, il fallait donc instaurer un

---

248. Le droit de la consommation en est un autre exemple d'ailleurs législativement exprimé : *Loi sur la protection du consommateur*, art. 270. Voir à cet effet, N. L'Heureux, *Droit de la consommation*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986 aux pp. 123, 309 et 317.

249. Dressant la liste des pays d'Europe ayant ou n'ayant pas favorisé la création d'un tel système, les auteurs J. Villebrun et G.-P. Quétant, *Les juridictions du travail en Europe*, Paris, L.G.D.J., 1992 indiquent dans leur synthèse : « Dans une première catégorie, nous rangerons les pays qui n'ont pas jugé utile de prévoir dans leur législation des tribunaux du travail autonomes où les litiges découlant du contrat de travail relèvent de la compétence des juridictions de droit commun. Tel est le cas des Pays-Bas où ces litiges relèvent de la compétence des juridictions de droit commun. Tel est aussi le cas de la Grèce. Nous rangerons dans une deuxième catégorie les pays qui ont confié à une magistrature composée de magistrats professionnels spécialisés la connaissance de ces litiges. Tel est le cas de l'Italie, l'Espagne et le Portugal. »

250. Comme exemple, retenons le cas du cadre supérieur tel que défini à l'article 3 par. 6 de la *Loi sur les normes du travail*, *supra* note 22 et qui, en raison de son exclusion du champ d'application de cette loi, doit recourir aux tribunaux de droit commun pour faire valoir ses droits, notamment en cas de congédiement illégal. Précisons aussi que seule la sanction de pratiques interdites est de juridiction de ces tribunaux spécialisés. Les réclamations monétaires demeurent de la juridiction des tribunaux de droit commun.

système d'adjudication approprié à ces nouveaux litiges. Étant donné que la communauté juridique requerrait des détenteurs d'un tel pouvoir décisionnel un bon sens de l'équité à être appliqué en tenant d'une bonne connaissance du milieu, les législateurs ont mis sur pied des tribunaux du travail pour obtempérer à deux problèmes: d'abord, faire cesser les conflits et deuxièmement, favoriser le prononcé d'une justice du travail par des gens du milieu.<sup>251</sup>

Ainsi, dans le domaine des relations collectives de travail, d'abord,<sup>252</sup> les législateurs ont vu à l'instauration de tribunaux d'arbitrage chargés de résoudre les conflits collectifs. Pour cela, ils ont dû se rendre aux arguments syndicaux et accepter que leur statut soit légalement reconnu à l'intérieur d'un processus d'enquête démocratique obligeant ainsi les employeurs à accepter l'association de salariés légalement constituée comme l'interlocuteur unique des salariés d'une entreprise. En contrepartie de cette reconnaissance légale et de cette obligation imposée à l'employeur de reconnaître le syndicat, le législateur, toujours dans le but de maintenir ce rapport de forces à égalité, décida que tout conflit collectif serait décidé par un tiers, à savoir, de façon générale, un arbitre. De l'autre côté, le syndicat, étant donné que les rapports de force étaient rétablis, ne pouvait plus utiliser son droit de grève. D'ailleurs, comme nous l'indique l'auteur Laffer, «c'est devenu un dogme fondamental du système d'arbitrage que les travailleurs ne peuvent plus s'attendre à bénéficier des avantages procurés par l'arbitrage et restés en même temps libres de recourir à la grève».<sup>253</sup>

- 
251. Les conclusions du *Rapport de la Commission chargée de faire enquête sur certaines difficultés survenues aux usines de Price Brothers & Company, Limited et de Lake St. John Power and Paper Company, Limited* de 1943 étaient d'ailleurs, pour partie, à cet effet, p. 16: «Pour ces raisons, il apparaît à tous opportun que l'État prenne des mesures pour prévenir les grèves. Nous croyons que des dispositions législatives réglementant le contrat collectif y contribueraient; mais nous croyons aussi qu'il faudrait donner aux intéressés un moyen efficace d'obtenir le redressement de leurs griefs, quand ils ont raison de se plaindre, sans recourir à la grève; et une mesure propre à produire ce résultat serait la création d'un organisme spécial, d'une sorte de tribunal du travail, chargé de régler, suivant les principes posés par la loi, les difficultés nées à l'occasion de la formation du contrat collectif ou provenant de son exécution, et qui n'auraient pu être réglées à l'amiable».
252. La création des tribunaux spécialisés nécessaires à la solution de litige de nature individuelle est survenue beaucoup plus tardivement.
253. K. Laffer, «L'arbitrage obligatoire en Australie», (1958) 77 *Revue internationale du Travail* 465 à la p. 475.

Mais, les tribunaux de droit commun, habitués à appliquer les règles du droit civil, ont alors assisté à l'instauration «de nouvelles règles de droit surtout contenues dans le droit statutaire qui, sans aller à l'encontre des vieilles règles, y ajoutaient, les dépassaient, parfois pouvaient être synchronisées avec elles, parfois pas».<sup>254</sup> Historiquement, les prétendants au respect de l'intégralité de la règle civile des contrats voulaient que les litiges du travail soient décidés par les tribunaux de droit commun, car ils considéraient le contrat de travail comme un «vulgaire contrat de location de marchandises où le travail humain était comparé à un objet matériel quelconque susceptible de vente ou de location, oubliant qu'il s'agissait d'actes engageant toute la personnalité, toute la dignité de l'homme et qui ne sauraient, par conséquent être mis au rang des objets qui sont dans le commerce. Et, comme toute autre convention, le contrat de travail était régi par les règles du *Code civil*. Il était donc normal que les poursuites auxquelles son application ou son interprétation pouvaient donner lieu, ressortissent des règles générales de procédure telles que formulées dans le Code de procédure.»<sup>255</sup>

Ainsi, au fur et à mesure que l'on modifiait les règles applicables à la relation d'emploi qu'elle soit collective ou individuelle, les intervenants aux rapports de travail constataient que les tribunaux de droit commun ne pouvaient constituer le forum adéquat pour solutionner juridictionnellement les litiges du travail.

L'État instaura donc divers tribunaux spécialisés du travail. Chacun composé d'experts dans le domaine qui maîtrisaient non seulement la loi qu'ils étaient chargés d'appliquer, mais qui connaissaient mieux les réalités professionnelles du milieu<sup>256</sup> et qui pouvaient aussi mieux s'adapter, de façon continue, à l'évolution rapide des conceptions sociales réalisées dans ce secteur de l'activité juridique.<sup>257</sup> Car, on le sait, le milieu des relations du travail est varié : ouvriers, policiers, fonctionnaires, artistes. Tous forment une clientèle élargie des relations du travail.<sup>258</sup>

---

254. M. Lapointe, *supra* note 3 aux pp. 95-96.

255. B. Yaccarini, «Les tribunaux du travail en général et dans la province de Québec», (1949) 9 R. du B. 379.

256. É. Gosselin, «Nature et raison d'être des tribunaux du travail» dans Département des relations industrielles de l'Université Laval, *Les tribunaux du travail*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1961 aux pp. 28-29.

257. B. Yaccarini, *supra* note 255 à la p. 416.

258. F. Morin, *supra* note 174 à la p. 15.

L'auteur Yaccarini résume très bien le courant de pensée qui sous-tend la création de ces tribunaux du travail :

«Le Code civil, issu lui-même du droit romain, a été conçu à une époque où personne ne pouvait envisager un développement si profond des relations patronales-ouvrières. Au début du dix-neuvième siècle, il n'était pas exagéré de dire que les conditions de la production économique étaient, à peu de chose près, ce qu'elles étaient plusieurs siècles auparavant. L'ère de dénonciation de l'injustice sociale, des théoriciens d'un ordre nouveau n'était pas encore ouverte. Aussi la solution des relations entre employeurs et employés par deux ou trois petits articles du Code, n'était pas pour choquer les esprits de l'époque, qui étaient même bien loin de se douter qu'un tel problème puisse naître un jour.

Avec le développement et le progrès constant de la vie économique en général et de la vie industrielle en particulier, les principes du droit civil, en matière de travail, sont aujourd'hui complètement dépassés et ne peuvent convenir à la structure actuelle de la vie sociale.

Le Droit du travail ne peut plus être considéré comme appartenant exclusivement au droit privé. L'intervention de plus en plus manifeste de l'autorité publique dans les rapports de travail, le développement sans cesse croissant de cette législation nouvelle, dite législation sociale, imprime au Droit du travail un caractère nouveau, mi-privé, mi-public.

À ce caractère particulier de la législation sociale – législation qui aujourd'hui, s'étend à une très grande partie de la population -, il fallait prévoir des juridictions particulières, différentes et indépendantes des juridictions ordinaires de droit commun, des juridictions inspirées de cet esprit nouveau, guidées par des disciplines dynamiques s'adaptant continuellement à l'évolution rapide des conceptions sociales réalisées dans le Droit du travail.»<sup>259</sup>

Or, parce que les tribunaux de droit commun n'étaient pas en mesure de répondre adéquatement à ce nouveau cadre juridique des relations du travail, dont les principales dispositions allaient justement au-delà du droit commun, l'État a

---

259. B. Yaccarini, *supra* note 255 aux pp. 415 et 416.

favorisé la création de tribunaux spécialisés du travail,<sup>260</sup> caractérisés par des objectifs sociaux de célérité, d'accessibilité et de gratuité et reposant fondamentalement sur l'expertise des gens nommés pour y décider des litiges. Pour reprendre les termes du juge Yvon Côté de la Cour du Québec, «Le domaine du travail a ses propres lois, son propre code, qui dépassent les apports historiques originels du *Code civil du Bas-Canada*. L'intention du législateur, à la lecture de l'ensemble des mesures qu'il a adoptées, exhale un vouloir de les ajuster constamment aux besoins et nécessités d'harmonie et de paix dans les secteurs d'activités qu'il entend "réguler"». <sup>261</sup> Les tribunaux de droit commun ne peuvent donc pas répondre adéquatement à cet objectif en raison, notamment, du manque d'expertise et des trop longs délais caractérisant toute procédure instituée devant ceux-ci. Malgré tous ces arguments, certains juristes bien connus persistaient dans leur opposition et s'interrogeaient sur la nécessité de créer de tels tribunaux n'y voyant aucun avantage particulier. <sup>262</sup>

Comme nous le démontrerons, l'affirmation voulant que le droit du travail soit un droit qui, bien qu'autonome, soit quand même lié aux préceptes de droit civil, peut aussi se constater à l'intérieur même du cadre juridictionnel des tribunaux du travail. Afin de faire la preuve de cette affirmation, nous pouvons distinguer entre le système des tribunaux de droit commun et celui des tribunaux spécialisés du travail, des similitudes et des différences. Nous pouvons tout aussi bien y trouver des emprunts, surtout en matière de preuve et de règle d'interprétation. Cependant, toujours à l'intérieur de notre analyse, nous ferons la démonstration de l'existence des règles d'exception à la juridiction spécialisée des tribunaux du travail, notamment celle de la réclamation monétaire issue d'une loi du travail devant les tribunaux de droit commun, et nous tenterons de justifier. En ce sens, nous démontrerons qu'en plusieurs circonstances, l'exclusivité juridictionnelle des tribunaux spécialisés du travail n'est que relative. Cependant, avant d'en arriver à cette dernière démonstration, il y a lieu d'analyser les caractéristiques propres aux tribunaux spécialisés du travail.

---

260. J.-R. Cadrin, *supra* note 218 aux pp. 115-116.

261. *Ferland c. Hôpital Sainte-Monique* (1970), [1993] R.J.Q. 2914 à la p. 2929 (C.Q.).

262. L.-P. Pigeon, *supra* note 17 à la p. 71.

### 3. CARACTÉRISTIQUES DES TRIBUNAUX DU TRAVAIL

Nous venons de voir que dans le cadre des rapports individuels de travail, les tribunaux du travail avaient été mis sur pied pour répondre à un besoin de protection sociale en faveur du salarié soumis au pouvoir de subordination, alors que dans le cadre des rapports de travail collectifs, ces mêmes tribunaux du travail ont été créés pour solutionner les conflits qui devaient leur raison d'être à l'objectif législatif de maintenir une paix industrielle et sociale nécessaire au développement économique de tout pays le moins industrialisé.

Or, comme les conflits à solutionner, qu'il soit de nature collective ou individuelle, sont intimement liés à l'instauration d'un régime de protection sociale et de paix industrielle, le législateur du pays industrialisé fut donc forcé d'admettre qu'il se devait de traiter autrement la question des rapports de travail sur une base autre que celle du simple rapport contractuel. Pour cela, il trouvait utile et logique de confier la responsabilité décisionnelle à des gens d'expérience (1), qui pourraient administrer une justice accessible et rapide (2), le tout à peu de frais (3) et cela de façon presque exclusive (4). Encore là, quelques écrits sur la question démontrent que la tendance était internationale.<sup>263</sup>

---

263. P. Rivière, *supra* note 106 à la p. 256 : «On peut reconnaître à d'autres éléments le caractère moderne de la nouvelle législation. Des tribunaux du travail sont créés, dont le rôle est de trancher les litiges individuels entre employeurs et employés; la procédure prévue est rapide et sans frais. Un système de conciliation et d'arbitrage est prévu, pour apporter une solution aux différends collectifs du travail.» Voir aussi R. Ben Israel, «Les tribunaux du travail en Israël», *Revue internationale du travail* aux pp. 213-214. M. R. Alarcon Caracuel, *La juridiction sociale en Espagne*, [1993] *Droit social* 707 : «En Espagne, comme dans d'autres pays européens, la création d'une branche autonome du droit – le droit du travail en l'occurrence – a été accompagnée du besoin ressenti d'associer à la substance de ce droit nouveau, des procédures de solution des conflits bien adaptées à ses caractéristiques. Les buts poursuivis et les principes généraux qui en découlaient étaient les suivants :

- la *célérité*, supposant la concentration des différentes phases du procès et la saisine immédiate du juge;
- le *non-formalisme*, favorisant l'oralité;
- la *gratuité*, donc la possibilité d'agir en justice sans le concours d'un avocat.»



Ces caractéristiques constituent d'ailleurs celles propres aux différents tribunaux administratifs créés par le législateur et chargés d'appliquer, le plus souvent, des lois à portée sociale. Les auteurs Issalys et Lemieux enseignent que cette expression de «tribunaux administratifs», nous vient du droit britannique moderne et qu'elle est l'objet d'une acception élargie ou d'une acception précise.<sup>264</sup> La première se rapporte à tout organe décentralisé de l'administration y incluant même une autorité administrative juridictionnelle comme un ministre, un fonctionnaire ou un organisme de gestion administrative.<sup>265</sup> La seconde, qui se rapporte plus au concept des tribunaux du travail, fait référence à un tribunal administratif qui constitue un organe décentralisé de l'administration spécialisé dans l'exercice d'une fonction juridictionnelle,<sup>266</sup> c'est-à-dire «un organe de l'administration dont la fonction est, en substance, identique à celles des tribunaux».<sup>267</sup>

Or, comme les principaux tribunaux du travail sont eux aussi considérés comme des tribunaux administratifs ou quasi-judiciaires<sup>268</sup> c'est-à-dire, pour reprendre les termes des auteurs précités, des organes administratifs dont la fonction est en substance identique à celle des tribunaux, il est tout à fait logique que nous retrouvions pour cette catégorie de tribunaux les mêmes caractéristiques adaptées aux différents besoins à la résolution des conflits découlant des relations de travail.

---

264. P. Issalys et D. Lemieux, *L'action gouvernementale – Précis de droit des institutions administratives*, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1997 à la p. 317.

265. *Ibid.*

266. *Ibid.*

267. *Ibid.* à la p. 318 : «Elle consiste en effet à juger des contestations entre parties. *Juger*, c'est-à-dire décider, à la manière d'un juge, sur l'existence de faits et leur appliquer de manière impartiale des règles de droit préexistantes, sans égard à des considérations extra-juridiques, notamment politiques. Une *contestations entre parties* : c'est-à-dire que la décision fera suite à un débat – pas nécessairement verbal – opposant, soit un administré et une autorité administrative qui a rendu une décision contre lui, soit plus rarement deux administrés.»

268. L'arbitre nommé en vertu du *Code du travail*, *supra* note 18 est considéré comme un tribunal quasi-judiciaire : *Roberval Express c. L'Union des chauffeurs de camion*, [1982] 2 R.C.S. 888; *Dayco (Canada) c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230; *Association des travailleurs et travailleuses de l'industrie et du commerce, local 600 c. Descôteaux*, J.E. 89-854 (C.S.); *Brasserie O'Keefe Ltée. c. Lauzon*, J.E. 88-1338 (C.S.). À propos du commissaire du travail qui exerce ses fonctions lors de litiges en matière de protection de l'activité syndicale, voir *Bécharde c. Colabor Canada*, [1981] T.T. 221. Le Tribunal du travail a lui aussi été considéré comme un tribunal administratif par la Cour suprême : *Supermarchés Jean Labrecque c. Flamand*, (1987) 2 R.C.S. 219 à la p. 232.

### 3.1 L'expertise

De façon générale, tout tribunal quasi judiciaire est composé des gens d'expérience issus du domaine d'application de la loi. Les tribunaux de droit commun et même de *common law* ont eux-mêmes reconnu ce principe :

«En effet, faut-il encore le rappeler, les tribunaux administratifs répondent au besoin d'apporter des solutions à des conflits qui se prêtent mieux à un procédé décisionnel autre que celui qu'offrent les tribunaux judiciaires. Souvent aussi, le "juge" administratif est mieux formé et mieux renseigné sur le milieu où s'exerce sa compétence, et a l'accès à des renseignements qui ne se trouvent pas, plus souvent qu'autrement, au dossier soumis à la cour.»<sup>269</sup>

---

269. *Blanchard c. Control Data Canada*, [1984] 2 R.C.S. 476 à la p. 499; *Re Ontario Public Service Employees Union and Forer*, (1986) 23 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 97 à la p. 112. Dans la doctrine voir Y. Ouellette, «Le contrôle judiciaire des conflits jurisprudentiels au sein des organismes administratifs : une jurisprudence inconstante?», (1990) 50 R. du B. 753 à la p. 763.

Cette caractéristique de l'expertise et de la connaissance du milieu de travail se retrouve à première vue chez les membres des tribunaux spécialisés du travail.<sup>270</sup>

En effet, et particulièrement en relations de travail où les conflits sont particulièrement délicats compte tenu que le travail constitue un élément essentiel de la vie,<sup>271</sup> il est nécessaire que de tels litiges soient décidés par des gens d'expérience qui peuvent adéquatement allier pratique et théorie. «Le juge le mieux qualifié», nous énoncent les rédacteurs d'une étude préparée pour le Bureau international du Travail, «au point de vue du droit du travail ne sera pas nécessairement le mieux qualifié pour apprécier certaines questions de fait auxquelles la juste solution des différends du travail est subordonnée».<sup>272</sup>

---

270. L'expression «tribunal spécialisé» fait référence au degré d'expertise plus élevé qui caractérise l'un des tribunaux du travail par rapport aux tribunaux de droit commun. C'est la Cour d'appel du Québec, dans l'affaire *Association internationale des travailleurs du métal en feuille, local 116 c. Fraternité internationale des chaudronniers, constructeurs de navires en fer, forgerons, forgeurs, et aides, local 271 – C.P.Q.M.C. international*, [1995] R.J.Q. 1717 (C.A.), qui élaborait quelques critères en regard du Conseil d'arbitrage pour identifier les éléments permettant de déterminer le caractère spécialisé d'un tribunal oeuvrant dans le domaine des relations de travail, p. du texte du jugement intégral : «En l'espèce, on peut voir de la loi et des textes réglementaires que le législateur a voulu confier au conseil d'arbitrage un rôle exclusif en matière de conflits de compétence et également, conférer un caractère de finalité aux décisions venant les résoudre. [...]

À mon avis, le caractère spécialisé du conseil d'arbitrage ne fait aucun doute. Les questions qui lui sont soumises nécessitent non seulement une maîtrise des connaissances techniques, mais également une familiarité essentielle avec la culture du milieu professionnel en constante mutation. Les conflits de compétence que le conseil d'arbitrage est appelé à trancher visent le champ d'application territorial du décret soit tout le territoire du Québec, et concernent toutes les fonctions des salariés qui exécutent des travaux de construction. Les questions que le conseil doit résoudre sont bien ciblées et leur solution commande une connaissance particulière des métiers, spécialités et occupations exercées par les salariés qui exécutent des travaux de construction. De plus, la diversité des acteurs en présence (les employeurs et les salariés de la construction) et leur interaction ajoutent à la spécificité de la tâche du conseil. Les conflits de compétence survenant, souvent, pendant le cours de la construction, l'intervention du conseil doit être complétée avec célérité, d'où l'on infère, bien sûr, que l'expérience spontanée doit se conjuguer à la connaissance théorique. Par ailleurs, la quantité impressionnante de décisions que le Conseil d'arbitrage rend annuellement (près de 3,000) révèle qu'il répond à un besoin important dans le milieu de la construction du Québec».

271. *Dayco (Canada) c. TCA-Canada*, *supra* note 268 à la p. 306.

272. Bureau international du travail, *supra* note 25 à la p. 2.

Ainsi, comme il s'agit d'appliquer des lois qui tiennent compte du milieu en cause, il était important que les principaux intervenants ayant à trancher des litiges en relations de travail soient imprégnés des us et coutumes du milieu. Cette affirmation n'affecte en rien la compétence professionnelle des juges des tribunaux de droit commun. Tout au plus veut-elle créer une distinction dans le niveau de compétence requise pour siéger sur un tribunal spécialisé. Cette distinction repose sur le degré de connaissance du milieu et non pas sur la connaissance stricte des règles de droit positif. Le juge de droit commun peut très bien maîtriser les règles de droit positif des relations du travail, mais encore faut-il qu'il puisse correctement les appliquer aux us et coutumes du cas soumis afin que l'objectif du législateur soit totalement atteint. Dans un article publié en 1969, l'auteur Vinette<sup>273</sup> faisait état de la compétence générale des juges et de leur facilité d'adaptation sociale, ce qui pour nous ne porte pas atteinte à la nécessité de la spécialisation requise pour siéger sur un tribunal spécialisé du travail :

«Par compétence de la magistrature, il faut entendre beaucoup plus que la seule aptitude à siéger à un tribunal :

“Toute législation soucieuse du bon fonctionnement du service public qu'est la justice doit donc avoir pour préoccupation, d'une part, d'élaborer un système de nomination des juges qui permette d'assurer chez ceux-ci l'existence de connaissances et de qualités techniques requises; d'autre part, d'instituer un système de garanties personnelles qui assurent le maintien et la défense des qualités morales nécessaires”.

À ces exigences énoncées par Raoul Barbe, s'ajoute une connaissance des institutions sociales en plus des institutions légales. De plus, à l'expérience doit s'ajouter une ouverture d'esprit qui permet de s'adapter aux contingences actuelles et d'évoluer au même rythme que le milieu social ambiant, et non pas une obstination dans un conformisme autoritaire allant à l'encontre des buts fondamentaux de la justice.»<sup>274</sup>

La facilité d'adaptation aux contingences sociales du juge de droit commun énoncée par Vinette ne fait référence, selon nous, qu'à sa seule capacité professionnelle de comprendre les changements législatifs imposé par l'État à

---

273. A.Vinette, *supra* note 27.

274. *Ibid.* aux pp. 309-310.

l'intérieur d'une réforme. Cela ne fait pas en effet de lui un expert dans le domaine compte tenu souvent d'un manque de connaissance du milieu. C'est en ce sens qu'il nous faut apporter une distinction entre la compétence professionnelle en regard du droit positif et l'expertise nécessaire à la compétence juridictionnelle des lois du travail.

Il nous faut remonter à l'époque française du roi Louis XI pour constater la première démonstration de cette caractéristique fondamentale des tribunaux du travail et plus particulièrement en matière de tribunal Prud'hommal initialement créé en matière de conflits commerciaux :

«Dans ce domaine du droit comme bien d'autres, la France a su prendre l'initiative et tracer le chemin qui, au cours des années, fut suivi par nombre de pays. En effet, les premiers conseils de prud'hommes tirent leur origine des mesures législatives édictées en France il y a au-delà d'un siècle. C'est sous le régime napoléonien, plus précisément en 1806, que fut adoptée la première loi prescrivant à Lyon des tribunaux spéciaux composés de représentants des employeurs et des travailleurs et ayant pour tâche les règlements des différends entre les patrons et leurs employés. L'idée avait cependant pris germe déjà longtemps auparavant lorsque les marchands de Lyon obtinrent du roi Louis XI l'autorisation de faire trancher certains conflits par des prud'hommes, comme ç'avait été la coutume depuis déjà deux siècles dans la Cité de Paris. Les prud'hommes prennent leur nom des "prudentes" romains qui n'étaient d'autres que des citoyens particulièrement qualifiés pour donner leur avis sur diverses questions qui pouvaient leur être soumises par l'empereur.

Aujourd'hui encore, les prud'hommes sont considérés comme des gens spécialement qualifiés pour résoudre équitablement les contestations qui surgissent des rapports d'emploi entre employeurs et travailleurs. Leur connaissance toute spéciale des conditions de travail dans la région où ils demeurent les rend particulièrement aptes à juger certaines divergences d'opinions dans l'application de lois qui, parfois, ne sont pas claires ou qui, de toute façon, n'ont pu tenir compte de toutes les contingences sociales. C'est précisément leur familiarité avec les problèmes du travail qui inspire confiance aux travailleurs et les porte à soumettre leurs litiges à ces tribunaux et à se conformer volontiers aux jugements qui sont rendus. Ajoutons à cela que la procédure suivie pour le règlement des différends

du travail est en général plus expéditive et moins onéreuse que ne l'est le rouage de la procédure devant les tribunaux ordinaires.»<sup>275</sup>

Le pouvoir décisionnel de ces «juges» doit souvent se fonder sur l'équité,<sup>276</sup> c'est-à-dire «dans le cas de conflit de droit, par des motifs qui sans, s'écarter des solutions juridiques, tempèrent ceux-ci par des considérations humanitaires et dans le cas de conflits d'intérêts, par des motifs de bien commun».<sup>277</sup> Ces principes de justice d'équité et de bonne conscience ne remplacent pas la loi. Ils la complètent. Le principe d'équité repose sur le critère objectif d'une idée et d'une intention de justice et le second principe a pour but de réformer la sévérité de la loi en tenant compte des principes personnels de chaque individu.<sup>278</sup> Pour atteindre ces objectifs, il était préférable de remettre le pouvoir décisionnel entre les mains de gens d'expérience de façon à ce que cette justice décisionnelle des tribunaux du travail tiennent compte non seulement du droit, mais aussi de la culture du milieu des relations du travail.

Aussi, comme la formation, l'expérience et la provenance des «juges» appelés à siéger au sein de ces tribunaux du travail constituent une garantie de compétence,<sup>279</sup> cet ensemble de facteurs ne peut avoir pour effet que d'accroître la confiance des travailleurs et des employeurs à l'égard d'un tel système.<sup>280</sup> Tout comme l'indépendance quasi judiciaire, «le besoin de finalité des décisions exige que leurs auteurs inspirent assez de crédibilité et de respect pour décourager les parties à rechercher un forum jugé plus fiable».<sup>281</sup> Ainsi, en favorisant la prise de

---

275. H. Binet, *La juridiction du travail dans les divers pays* dans Introduction à l'étude du droit comparé, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1938 aux pp. 558-559. Voir aussi B. Yaccarini, *supra* note 255 à la p. 410.

276. Le principe est d'ailleurs reconnu en matière d'arbitrage de différend : *Code du travail supra* note 18, art. 79.

277. B. Yaccarini, *supra* note 255 à la p. 410.

278. M.-L. Beaulieu, «Législation du travail», (1948) 8 R. du B. aux pp. 61-62. Voir aussi R. Chartier, «Législation du travail, liberté, peur et conflit», (1958) 13 Relations industrielles 254 aux pp. 263 et 264.

279. L'expression est prise ici dans le sens des qualifications exigées et non pas dans le sens «juridictionnel» du terme.

280. E. Colas, *supra* note 104 à la p. 80 : «Il faut que l'ouvrier ait une confiance absolue dans les tribunaux qui doivent se prononcer sur sa revendication et qu'ainsi, il acquiert le respect de la justice et du règne de la loi dans le cadre d'institutions adaptées et compétentes.»

281. Y. Ouelette, *Les tribunaux administratifs au Canada*, Montréal, Thémis, 1997 à la p. 12.

décision par des «spécialistes» en la matière, les parties auront moins tendance à attaquer la décision rendue par le biais de procédure de révision judiciaire, assurant par la même occasion une stabilité décisionnelle et juridictionnelle par une jurisprudence constante. Comme le soulignent les auteurs Lemieux et Issalys, «le manque de préparation des juges généralistes pour appliquer des textes parfois très techniques à des situations d'un type particulier, le caractère monodisciplinaire de la formation des juges judiciaires; l'accent très prépondérant mis dans cette formation et dans la pratique judiciaire sur la protection des droits individuels; l'identification étroite des juges des tribunaux judiciaires à l'idéologie et aux intérêts des catégories sociales dominantes»<sup>282</sup> sont des éléments qui constituent des inconvénients à l'exercice de l'expertise juridictionnelle notamment exigée des tribunaux spécialisés du travail.

Cette affirmation des auteurs Issalys et Lemieux repose sur des considérations factuelles liées au statut social des juges des tribunaux de droit commun. En effet, différentes études menées au cours des dernières années et en rapport avec les époques de création et d'instauration des différents tribunaux du travail nous permettent d'affirmer que la provenance du milieu social du juge du tribunal de droit commun peut représenter aussi un facteur à considérer pour la détermination du degré d'expertise nécessaire pour occuper les fonctions de juge d'un tribunal spécialisé du travail. Selon les études en question,<sup>283</sup> l'impression générale est à l'effet que les juges des tribunaux de droit commun se recrutent parmi les gens de la classe bourgeoise,<sup>284</sup> dont la plupart ont suivi un cheminement politique souvent utile à leur nomination.<sup>285</sup> Forts de cette caractéristique et en

---

282. P. Issalys et D. Lemieux, *supra* note 264 à la p. 319.

283. Y. Senecal, «Les professions juridiques chez les parlementaires québécois –1867-1982», (1984) 44 R. du B. 545; G. Bouthillier, «Matériaux pour une analyse politique des juges de la Cour d'appel», (1971) 6 R.J.T. 563 et A. Lagneau-Devillé, «Questions sociologiques à propos de l'interprétation en droit» dans M. van de Kerchove, dir., *L'interprétation en droit – Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1978 à la p. 505.

284. A. Lagneau-Devillé, *supra* note 283 à la p. 535. G. Ripert, *supra* note 6 à la p. 14.

285. G. Bouthillier, *supra* note 283 à la p. 579 : «L'accession à la magistrature apparaît souvent comme une récompense à l'avocat bien méritant pour services rendus au régime politique et à la formation au pouvoir. Sans écarter l'hypothèse où la nomination sert à remercier un partisan devenu gênant ou trop peu utile, on peut penser, en effet, que la nomination judiciaire correspond dans bien des cas à une faveur faite à un ami politique».

raison du manque de connaissance de la réalité vécue par les groupes sociaux,<sup>286</sup> la tendance, chez les juges des tribunaux de droit commun, et on ne peut les en blâmer, est d'interpréter strictement le droit et de ne pouvoir tenir compte de leur perception personnelle du dossier et cela en raison notamment de la neutralité de leur fonction :

«Le magistrat n'étant que "l'interprète" de la Loi ne peut qu'essayer de s'exprimer par un autre biais. D'où la tendance de l'interprétation d'accorder une grande importance au formalisme et à la cohérence par rapport à des critères strictement internes. En effet, le pouvoir du magistrat ne peut s'exprimer que dans sa propre sphère et le seul moyen dont il dispose pour éventuellement "contrer" le pouvoir législatif est de renforcer le système juridique, puisqu'il ne peut s'exprimer qu'à l'intérieur de ce système. N'ayant de pouvoir politique qu'à l'intérieur du système juridique, il renforce la cohérence de celui-ci de manière, à la limite, à le rendre relativement hermétique, essentiellement décryptable par les seuls spécialistes du droit, c'est-à-dire par les juristes eux-mêmes.»<sup>287</sup>

Or, justement dans le but de contrer ce danger de créer un formalisme rigoureux dans l'application des lois du travail, certains étaient d'avis, dès les premiers balbutiements visant à créer chez nous des tribunaux spécialisés du travail, que ces derniers devaient être composés non seulement de «juges» d'expérience, mais être également conçus à partir d'une forme paritarisme.<sup>288</sup> Cette idée qui avait d'abord été préconisée lors de l'adoption de certaines lois<sup>289</sup> a, au fil des ans, été

---

286. A. Lagneau-Devillé, *supra* note 283 à la p. 542 : «Il faut bien dire que fort peu de choses dans la formation et l'expérience du juriste le sensibilise à ce contexte collectif. Son origine sociale, jointe à une formation de pensées où prédomine la référence à des "catégories" d'origine kantienne, ne l'aide pas non plus. Il est dès lors normal de constater chez certains juristes une relative cécité ou un manque d'information sur la réalité vécue par d'autres groupes sociaux, une méconnaissance des contextes réels et de leurs «valeurs de vie» propres (qui orientent l'action et aussi l'intention des "délinquants")».

287. *Ibid.* à la p. 539.

288. B. Yaccarini, *supra* note 255 à la p. 411 : «Une telle composition des tribunaux du travail inspirerait davantage confiance aux salariés et aux employeurs, qui auraient ainsi la satisfaction d'être jugés par leurs pairs. Elle éviterait aisément le reproche de partialité ou d'incompétence et leurs sentences seraient mieux respectées.»

289. *Acte à l'effet de faciliter l'accommodement des différends entre les compagnies de chemin de fer et leurs employés*, *supra* note 85, arts 3-5; *Loi de la conciliation et du travail*, *supra* note 86, art. 15 (a); *Loi des enquêtes en matière de différends industriels*, *supra* note 87, art. 9.



abandonnée. Au profit, entre autres, de la nomination d'assesseurs. L'un des principaux motifs justifiant cet abandon reposait sur le fait qu'en multipliant les décideurs sur un même dossier, on augmentait les délais, ce qui allait à l'encontre de l'un des objectifs préconisés lors de l'institution de tels tribunaux.<sup>290</sup>

Quoiqu'il en soit, même si le paritarisme était aboli, ce qui, comme le souligne Yaccarini, pouvait engendrer des risques de partialité, le législateur stipulait, la plupart du temps, des règles d'éthique afin justement d'assurer l'impartialité de tels tribunaux spécialisés, comme c'est le cas pour le tribunal d'arbitrage de différend<sup>291</sup>. En d'autres matières, par exemple en arbitrage de grief, c'est l'exigence générale d'impartialité, selon les principes généraux du droit qui prévaut.<sup>292</sup> D'ailleurs, cette dernière affirmation est confirmée par l'objectif premier du préambule de la *Politique générale du Conseil consultatif du travail et de la main-d'œuvre* (CCTMO) qui fait état que :

**«Premier objectif : la crédibilité de la Liste annotée :** Le Conseil estime important de garantir et de préserver l'indépendance des arbitres dont le nom est inscrit sur la Liste annotée. Ceux-ci peuvent alors exercer plus sereinement leurs fonctions et acquérir, au fil des ans, une précieuse expérience qui est bénéfique pour les parties

- 
290. Ce fut notamment ce motif qui a été utilisé en matière d'arbitrage de grief prévu au *Code du travail*, *supra* note 18, art. 74 et s. pour expliquer le remplacement des arbitres patronal et syndical devant tous deux participer au prononcé de la sentence avec le président du tribunal d'arbitrage. Voir F. Morin et R. Blouin, *Arbitrage des griefs*, Montréal, Yvon Blais, 1986 à la p. 16 où, traitant des amendements apportés au *Code du travail* par la réforme de 1977, les auteurs expliquent comme suit les raisons ayant justifié le législateur à abandonner la formule paritaire du tribunal d'arbitrage : «Pourquoi le législateur a-t-il opté pour la formule exclusive de l'arbitre unique? Certes cette solution était déjà retenue à la *Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction* [L.R.Q., c. R-20, art. 65] et à la *Loi sur les normes du travail* [L.R.Q., c. N. 1.1, art. 126]. Aucun mémoire présenté en 1983 par les parties représentatives ne comportait pourtant une semblable revendication. Il faut donc y voir une perception du législateur à l'effet que le tripartisme des tribunaux d'arbitrage constituait la cause principale des longs délais que dénonçaient les parties. De fait, les études du Conseil consultatif du travail et de la main-d'œuvre permettent cette hypothèse.»
291. *Code du travail*, *supra* note 18, art. 76. Voir aussi dans le même code les règles concernant l'obligation de divulgation de tout conflit d'intérêt pouvant toucher un membre du Conseil des services essentiels, art. 111.0.5.
292. R.-P. Gagnon, L. Lebel et P. Verge, *supra* note 228 à la p. 722.

Le Conseil estime cependant qu'il doit s'assurer que la Liste annotée soit constituée d'arbitres impartiaux, compétents, disponibles, dynamiques, qui respectent les règles de compétence et de conduite professionnelle et qui conservent, au fil des ans la confiance des parties.»<sup>293</sup>

Non seulement cet objectif assure-t-il l'impartialité de l'arbitre de grief, mais qui plus est, confirme-t-il l'idée du lien de confiance dans le système puisqu'il impose au CCTMO l'obligation de s'assurer que l'arbitre désigné en raison de sa compétence et de sa conduite réussit à maintenir ce lien à l'égard des employeurs et des travailleurs. De surcroît, et nous l'avons déjà souligné, le degré d'expertise du juge d'un tribunal spécialisé du travail place les parties en confiance. Or, les dispositions québécoises relative, à l'arbitrage de grief et de différend reconnaissent aussi, d'une autre façon toutefois, la confiance que peuvent témoigner les parties à l'égard d'un tel système juridictionnel puisqu'il leur permet de choisir eux-mêmes le «juge» devant décider de leur litige. Il s'agit évidemment d'une caractéristique propre au droit du travail et totalement opposée au régime de droit judiciaire.<sup>294</sup>

Pour en revenir à cet élément d'expertise des membres des tribunaux spécialisés du travail, il est curieux de constater qu'au Québec plus particulièrement, l'État, bien que reconnaissant le principe de la spécialisation, n'en ait pas fait une condition de nomination législativement prévue. En effet, à nul part dans les lois du travail il n'est fait mention expresse de cette condition de nomination. Mise à part la *Politique générale du CCTMO*, nul part dans un autre texte législatif touchant directement les relations du travail cette condition est prévue. Les commissaires du travail désignés en vertu du *Code du travail* pour décider de litiges en matière de protection de l'activité syndicale, en matière d'accréditation relevant de cette loi ou ceux chargés de trancher des litiges en matière de pratique interdite ou en matière

---

293. Conseil consultatif du travail et de la main-d'œuvre, *Politique générale du Conseil concernant la confection et la gestion de la Liste annotée - Liste annotée d'arbitre de griefs*, Gouvernement du Québec, 25<sup>e</sup> éd., 1998-1999.

294. *Épiciers Unis Métro-Richelieu inc. c. Syndicat des travailleurs(euses) de l'alimentation en gros du Québec*, [1990] T.A. 146 à la p. 154: «Il reste, toutefois, que la latitude accordée par le législateur aux parties, lorsqu'il s'agit de choisir un arbitre de grief, fait largement exception en regard des règles et pratique en usage lorsqu'il s'agit d'autres instances judiciaires et qu'elle témoigne de l'importance que le législateur a accordé à la confiance mutuelle, partagée donc par les parties à un grief, en la personne de l'arbitre appelé à disposer du litige qui les oppose, une intention qui demeure assurément quel que puisse être, ou même avoir été, le mode de nomination de l'arbitre».

de congédiement fait sans cause juste et suffisante découlant de l'application de la *Loi sur les normes du travail* ou encore de lois aussi éloignées des relations de travail que sont la *Loi électorale*,<sup>295</sup> la *Loi sur les élections scolaires*,<sup>296</sup> la *Loi sur les élections et référendums dans les municipalités*,<sup>297</sup> la *Loi sur la protection des personnes et des biens en cas de sinistre*,<sup>298</sup> la *Loi sur les jurés*,<sup>299</sup> et la *Loi sur les tribunaux judiciaires*,<sup>300</sup> n'ont pas à répondre à des exigences de qualifications professionnelles et d'expérience législativement prévues avant d'être désignés pour siéger dans ces dossiers. Pourtant, et on peut facilement croire que la remarque s'applique aussi pour les autres lois précédemment énumérées, le législateur reconnaissait ouvertement, lors des débats en commission parlementaire relatifs aux modifications apportées à la *Loi sur les normes du travail*, que c'était en raison du fait que le commissaire du travail détenait l'expertise nécessaire qu'on pouvait lui reconnaître les pouvoirs juridictionnels dans une matière s'apparentant à une sanction pour pratique interdite liée à une activité syndicale.<sup>301</sup>

Non seulement cette exigence n'est-elle pas actuellement prévue législativement pour les commissaires du travail, mais, de plus a-t-elle été abolie pour l'obtention du poste de commissaire et pour le poste d'agent d'accréditation. En effet, initialement, lors des modifications apportées en 1969 au *Code du travail*, le législateur avait reconnu les compétences et l'expérience professionnelle des anciens membres de la Commission des relations ouvrières en désignant ces derniers

---

295. *Loi électorale*, L.R.Q., c. E-3.3, art. 255 [ci-après *Loi électorale*].

296. *Loi sur les élections scolaires*, L.R.Q., c. E-2.3, art. 205-206 [ci-après *Loi sur les élections scolaires*].

297. *Loi sur les élections et les référendums dans les municipalités*, L.R.Q., c. E-2.2 [ci-après *Loi sur les élections et les référendums dans les municipalités*], art. 356.

298. *Loi sur la protection des personnes et des biens en cas de sinistre*, L.R.Q., c. P-38.1, art. 49 [ci-après *Loi sur la protection des personnes et des biens en cas de sinistre*].

299. *Loi sur les jurés*, L.R.Q., c. J-2, art. 47 [ci-après *Loi sur les jurés*].

300. *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q. T-16, art. 5.2 [ci-après *Loi sur les tribunaux judiciaires*].

301. Commission permanente du travail et de la main-d'œuvre, Débats de l'assemblée nationale, 12 juin 1979, M. Johnson à la p. B-5514 : «Oui, parce que c'est l'expertise dans le cas de congédiement pour activité syndicale, c'est celle du code. Pour ce qui découle de la loi 101, c'est également le commissaire du travail et c'est maintenant le cas dans le cas de congédiement. C'est finalement l'équivalent de quelqu'un qui exerce ses droits en vertu d'une loi. S'il est congédié...ce type d'expertise, il y a des gens, qui s'appellent des commissaires du travail qui l'ont. On trouve que c'est sain et c'est plein de bon sens que cela soit là que cela se décide, parce qu'il y a une tradition et une habitude.»

comme agents et commissaires-enquêteurs chargés d'appliquer ces nouvelles dispositions du Code.<sup>302</sup> Par la suite, pour chaque nomination au poste d'agent d'accréditation, l'État exigeait dorénavant, en plus de certaines qualifications académiques, un nombre d'années d'expérience «dans le domaine de l'administration du personnel, des relations de travail ou dans tout autre domaine ayant permis au candidat d'acquérir des connaissances en matière de législation du travail».<sup>303</sup> Quant au poste de commissaire du travail, on exigeait pour leur nomination, toujours en plus des qualifications académiques d'usage que le candidat fasse la démonstration «d'un minimum de 16 années d'études en relations industrielles, en droit ou dans une autre discipline universitaire appropriée et posséder 10 années d'expérience dans le domaine des relations de travail».<sup>304</sup> Or, après quelques années, ces exigences ont été abandonnées,<sup>305</sup> le législateur préférant s'en remettre aux dispositions générales prévues pour la nomination des personnes soumises à la *Loi sur la fonction publique* qui prévoient que c'est le président du Conseil du trésor qui détermine les conditions d'admission et que l'évaluation des candidats se fait sur la base des critères de connaissances, d'expériences ou d'aptitudes qui sont requises pour l'emploi.<sup>306</sup> Évidemment, en pratique, on tiendra sûrement compte de l'expertise développée par le candidat, sauf que les conditions d'admission, antérieurement fixées par règlement, peuvent depuis 1985 être appelées à s'adapter au gré des besoins et des qualifications du candidat recherché. Les

---

302. D'ailleurs lors de l'instauration du système d'accréditation syndical, tel qu'on le connaît et qui fut instauré en 1969, on avait retenu la nécessité de la spécialisation des personnes appelées à agir à l'intérieur de ce processus juridictionnel puisqu'on avait décidé que les anciens intervenants agissant au sein de la CRT pourraient occuper les fonctions nouvellement créées par ces modifications au *Code du travail* et cela, justement en raison de l'expertise développée par ces personnes : voir *Débats de l'Assemblée nationale, 12 juin 1969* à la p. 2761, M. Bellemare. Le même principe a été repris par la Commission consultative sur le travail et la révision du Code du travail lorsqu'il a été question de maintenir les ressources humaines en place au sein d'un nouvel organisme appelé le Conseil des relations du travail et ce, parce que l'expérience et la formation des personnes déjà en place sous le système actuel constituait un élément de continuité et de sécurité important: Commission consultative sur le travail et la révision du Code du travail, *supra* note 207 à la p. 235.

303. *Règlement sur les agents d'accréditation*, R.R.Q., c. F-3.1, r. 31, art. 5.

304. *Règlement sur les commissaires du travail*, R.R.Q., c. F-3.1, r. 66, art. 3.

305. *Règlement abrogeant des règlements du ministre de la Fonction publique sur la classification*, D. 513-85, 3 avril 1985, G.O.Q. 1985.II.1979, art. 4 et 37.

306. *Loi sur la fonction publique*, L.R.Q. c. F-3.1.1, art. 46 et 48. R.P. Gagnon, *supra* note 231 aux pp. 191 et 192.

conditions strictes prévues à l'origine par les règlements peuvent faire place à des conditions plus souples déterminées par l'État. Comme on peut le constater à la lecture des débats parlementaires précités,<sup>307</sup> le législateur reconnaît une pratique et un usage dans la nomination des gens occupant la fonction de commissaire du travail en exigeant l'expérience et la compétence professionnelle liées à l'exercice des ces fonctions.

Curieusement, le législateur a suivi le même cheminement pour la nomination des juges de la Cour du Québec appelés à siéger au Tribunal du travail. Qui plus est, l'exigence de la spécialisation a été encore plus rapidement abandonnée. En effet, lors de la création du Tribunal du travail en juin 1969 on exigeait que «le Lieutenant-Gouverneur en conseil nomme, parmi les personnes versées dans les relations du travail, les membres du tribunal».<sup>308</sup> Mais, voilà que par un amendement effectué la même année, cette exigence a été abolie,<sup>309</sup> le législateur préférant s'en remettre aux règles déterminées par la *Loi sur les tribunaux judiciaires*<sup>310</sup> et ses règlements.<sup>311</sup>

La seule exception législative répertoriée porterait sur la nomination des arbitres de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse et des assesseurs et des juges au Tribunal des droits de la personne. Leur nomination effectuée par le ministre de la Justice est conditionnelle à la démonstration préalable

---

307. *Supra* note 304.

308. *Loi modifiant le Code du travail*, L.Q. 1969, c. 47, art. 38. L'auteur F. Morin dans son article «Aperçu général et critique de la *Loi modifiant le Code du travail*», *supra* note 201 à la p. 633 mentionne que ce mode de nomination constitue une innovation : «- les juges de ce tribunal doivent être des personnes qui ont une bonne connaissance en relations du travail. Il aurait été sans doute difficile d'exprimer plus clairement cette condition».

309. *Loi modifiant le Code du travail*, L.Q. 1969, c. 48, art. 29.

310. *Loi sur les tribunaux judiciaires*, *supra* note 300, art. 88.

311. *Règlement sur la procédure de sélection des personnes aptes à être nommées juges*, R.R.Q. c. T-16, r. 5, art. 18 : «Le comité détermine l'aptitude du candidat à être nommé juge. À cette fin, il évalue les qualités personnelles et intellectuelles du candidat ainsi que son expérience.

Il évalue notamment le degré de connaissance juridique de cette personne dans les domaines du droit dans lesquels le juge exercera ses fonctions, sa capacité de jugement, sa perspicacité, sa pondération, son esprit de décision et la conception qu'elle se fait de la fonction de juge».

«d'une expérience, une expertise et un intérêt marqués en matière de droits et libertés de la personne».<sup>312</sup>

Malgré ce manque de constance dans les critères de nomination des différents intervenants décisionnels, il n'en demeure pas moins que la pratique établie respecte des critères visant à mettre en évidence la spécialisation des membres des tribunaux du travail. Ce qui par le fait même constitue pour les justiciables l'avantage de leur assurer le développement d'une jurisprudence uniforme<sup>313</sup> sans conflits jurisprudentiels,<sup>314</sup> tout en leur permettant de maintenir une confiance dans le système juridictionnel.

### 3.2 La célérité

Le principe est bien connu : Tout conflit de travail, quel qu'il soit, qui traîne, risque de s'envenimer et de causer des torts irréparables aux relations entre les parties. Pour cela, il est nécessaire que les conflits se règlent rapidement. Comme le soulignait le juge Cory de la Cour suprême dans l'affaire *Dayco*,<sup>315</sup> «[u]n grand nombre de questions soulèvent les passions et sont explosives. Si les conflits ne sont pas réglés rapidement et de façon définitive, ils peuvent entraîner frustration, hostilité et violence. Les travailleurs et la direction ont tous deux le droit de s'attendre à ce que leurs différends soient, comme il se doit, réglés de manière expéditive. En outre, la fourniture de biens et de services dans notre société complexe peut être gravement perturbée par des conflits et des grèves qui s'éternisent. Par conséquent, la société dans son ensemble, tout comme les parties, a intérêt à ce qu'ils soient réglés rapidement.»<sup>316</sup>

---

312. *Charte des droits et libertés de la personne*, *supra* note 197, art. 62 et 101.

313. Bureau international du travail, *supra* note 25 aux pp. 56 et 57. D'ailleurs, dans le but d'assurer cette cohérence décisionnelle et l'uniformité jurisprudentielle, le législateur a prévu dans certains cas le dépôt obligatoire de certaines décisions prononcées par les tribunaux spécialisés du travail. C'est le cas notamment pour l'arbitre de grief et l'arbitre de différend agissant en vertu du *Code du travail*, art. 89 et 101.6. Ce principe a été repris en 1985 par la Commission Beaudry, Commission consultative sur le travail et la révision du Code du travail, *supra* note 207 à la p. 254.

314. *Domtar c. Québec (CALP)*, [1993] 2 R.C.S. 756; *Produits Pétro-Canada c. Moalli*, [1987] R.J.Q. 261 (C.A.).

315. *Dayco (Canada) c. TCA-Canada*, *supra* note 268.

316. *Ibid.* aux pp. 306-307; *St-Anne Nackawick Pulp & Paper c. S.C.F.P.*, [1986] 1 R.C.S. 704 aux pp. 725-726. Voir aussi A. Tevoedjre, *supra* note 29 à la p. 9.

Or, comme les tribunaux de droit commun n'étaient définitivement pas en mesure de répondre à cette caractéristique particulière devant régir la résolution des conflits de travail en raison des trop longs délais procéduriers, le législateur devait donc prévoir des mécanismes permettant d'atteindre cet objectif de célérité. Il fallait mettre sur pied, en regard des objectifs visés par l'instauration des tribunaux du travail de protéger la paix industrielle du milieu de travail et d'accorder au travailleur une alternative au pouvoir de subordination de l'employeur, mettre sur pied «une justice rapide et efficace qui prend en considération les aspects humains et sociaux provoqués par des faits tels que les accidents du travail, la mise à pied ou le licenciement abusif».<sup>317</sup>

Il faut en effet que le délai d'attente du règlement du litige soit le moins préjudiciable possible pour le travailleur et sa famille. Par exemple, s'il fallait s'en remettre exclusivement au tribunal de droit commun pour que le travailleur congédié illégalement puisse défendre ses droits et obtenir sa réintégration, il lui faudrait attendre, dans bon nombre de cas, plus d'une année et quelques fois plusieurs années, avant de voir son droit sanctionné et cela, sans compter les délais d'appel.

Pour atteindre cet objectif, le législateur a donc prévu différents mécanismes et différentes règles permettant au salarié ou à son association impliquée dans un litige avec l'employeur de bénéficier d'un accès facile au tribunal spécialisé du travail. À cet effet, on a prévu des délais d'introduction du recours qui sont beaucoup plus courts qu'en droit civil. Ainsi, en droit civil, alors que le délai de prescription pour un recours personnel est de trois ans,<sup>318</sup> il en est tout autrement pour les recours en vertu des lois du travail. À titre de comparaison, retenons que le délai de prescription pour la sanction d'une pratique interdite commise par

---

317. A. Tevoedjre, *ibid.* note 29 à la p. 8. De manière générale les auteurs P. Issalys et D. Lemieux, *supra* note 282 à la p. 329, parlent de la spécificité de la procédure, «c'est-à-dire son adaptation étroite aux données particulières du contentieux auquel elle s'applique. Par opposition à la procédure du tribunal judiciaire de droit commun, qui assujettit à un régime uniforme des procès dont l'objet est très diversifié, celle du tribunal administratif ne s'applique que dans un champ matériel de compétence plus ou moins étroit : elle peut donc être conçue de manière à faciliter la résolution de litige d'un type bien précis, souvent d'ailleurs très semblables d'un cas à l'autre.»

318. Art. 2925 C.c.Q.

l'employeur en vertu de la *Loi sur les normes du travail* est de 45<sup>319</sup> ou 90 jours<sup>320</sup> et que pour sanctionner une pratique interdite visant à contrer une activité syndicale en vertu du *Code du travail*, le délai est de 30 jours. C'est le juge Auclair, du Tribunal du travail, qui mentionnait, dans la désormais célèbre affaire *Poliquin c. Collège O'Sullivan*<sup>321</sup> que :

«Le législateur impose au salarié cette obligation stricte de diligence dans l'intérêt de l'employeur, c'est évident, mais aussi dans l'intérêt du salarié, afin de permettre à ce dernier de faire la preuve des faits alors que l'écoulement du temps n'a pas rendu la chose impossible. Cette obligation de diligence est également imposée pour favoriser de bonnes relations professionnelles entre l'employeur et le salarié, le sort d'une accréditation et d'une négociation dépendant souvent en partie du règlement d'une plainte de congédiement.»<sup>322</sup>

De surcroît, quoique traitées de manière civiliste puisque portées devant les tribunaux de droit commun, de simples réclamations monétaires et contractuelles découlant de l'application de la *Loi sur les normes du travail*<sup>323</sup> doivent répondre à un délai de prescription inférieur à celui prévu au *Code civil du Québec*.

Souvent aussi, le législateur aura limité le temps autorisé pour que le «juge» prononce sa décision et ce, toujours dans le but de favoriser les parties d'une décision rapide.<sup>324</sup> Toutefois, il y a encore un illogisme de la part du législateur : le tribunal spécialisé du travail auquel le salarié peut avoir le plus souvent recours et qui se prononce sur diverses pratiques interdites sanctionnées dans plusieurs lois du travail, soit le commissaire du travail, ne se voit pas imposer de délai pour le prononcé de sa décision. Pourtant le Tribunal du travail siégeant en appel d'une décision du commissaire<sup>325</sup> doit respecter un délai législativement prévu, sous peine de voir le juge au dossier s'en faire désaisir par le juge en chef afin qu'un autre juge

---

319. *Loi sur les normes du travail*, supra note 22, art. 123 et 124.

320. *Ibid.*, art. 123.1.

321. *Poliquin c. Collège O'Sullivan*, [1981] T.T. 227.

322. *Ibid.* à la p. 233.

323. *Loi sur les normes du travail*, supra note 22, art. 115 : un an.

324. *Code du travail*, supra note 18, art. 101.5 et 135.1.

325. *Ibid.*, art. 118.



rende la décision avec la possibilité de faire de nouveau entendre le dossier.<sup>326</sup> Il est curieux que le législateur ait procédé à une telle distinction d'autant plus que les tribunaux du travail siégeant en appel ont aussi été créés pour éviter les inconvénients d'un recours trop long et, coûteux devant les tribunaux de droit commun.<sup>327</sup>

Cependant, il existe peut-être un moyen pour la partie privée de son droit à une décision dans un délai raisonnable de faire sanctionner ce droit : la requête en arrêt des procédures devant la Cour supérieure.<sup>328</sup> Bien que notamment utilisée dans le domaine criminel et pénal, cette requête a fait récemment son apparition dans le domaine du droit administratif. Une telle requête en arrêt des procédures pourrait en effet se justifier à l'aide des pouvoirs inhérents de la Cour supérieure de reconnaître au justiciable le droit à un procès dans un délai raisonnable dans le domaine du droit administratif.<sup>329</sup> Il s'agit en effet d'un pouvoir qui existe en regard de cette compétence inhérente, mais qui doit être utilisé avec la plus grande circonspection puisque le juge doit s'appuyer sur des motifs qui lui permettent de reconnaître qu'il existe, dans le cas soumis, des circonstances oppressives et vexatoires lui permettant de justifier l'arrêt des procédures.<sup>330</sup> L'auteur Garant enseigne que le droit d'être jugé dans un délai raisonnable en droit administratif repose sur les principes de justice fondamentale :

«Par analogie avec ce qu'on retrouve dans la Charte canadienne, où le concept de "justice fondamentale" contient potentiellement tous les éléments précisés dans les articles 8 à 14, notamment le droit d'être jugé dans un délai raisonnable, il nous paraît normal que l'administré ait doit d'être traité équitablement dans un délai raisonnable. Comment l'idéal d'équité peut-il subsister si un délai exorbitant cause un préjudice intolérable à l'administré? Certes, le premier recours approprié sera de

---

326. *Ibid.*, art. 135.1.

327. B. Yaccarini, *supra* note 255 à la p. 388. Un peu plus loin dans son article, en p. 414, Yaccarini ajoute que plusieurs raisons peuvent justifier la création d'une juridiction d'appel. D'abord, la précaution de garantir une bonne justice afin de corriger toute erreur de mauvaise interprétation et assurer le respect des principes fondamentaux de liberté syndicale, individuelle ou d'association.

328. Cette demande est formulée par le biais d'une requête en évocation fondée sur un excès ou un défaut de compétence : art. 846 (1) C.p.c.

329. *Côté c. Desormaux*, [1990] R.J.Q. 2476 (C.A.).

330. *Ibid.*, à la p. 2482.

forcer l'Administration à bouger par voie de mandamus ou d'injonction; mais en face d'un abus flagrant, nous considérons le recours en annulation comme un remède approprié, au motif que le tribunal administratif n'a pas procédé dans un délai raisonnable.»<sup>331</sup>

Un autre exemple appuyant l'objectif de la célérité dans le processus juridictionnel des tribunaux du travail est celui se rapportant à la nature des motifs d'appel de certaines décisions. Ainsi, l'appel d'une décision du commissaire du travail doit se rapporter à une décision finale.<sup>332</sup> Toute décision interlocutoire rendue en cours d'instance étant exclue de ce moyen procédural, la seule façon de contourner l'illégalité d'une telle décision étant d'attendre de la formuler par un appel sur le fond de la décision, autrement dit, d'attendre de faire appel sur la décision finale du commissaire.<sup>333</sup> Il semble que cette solution proposée par le législateur soit justifiée en bonne partie par les oppositions formulées à l'époque par les syndicats. Ces derniers étaient en effet d'avis que toute procédure d'appel constituait un obstacle à la syndicalisation et au cheminement expéditif de la procédure d'accréditation et aux procédures visant le redressement de pratiques déloyales. Le patronat était quant à lui très favorable à cette procédure d'appel sur le simple motif d'une garantie de justice.<sup>334</sup>

---

331. P. Garant, *Droit administratif, Le contentieux*, t. 2, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 1996 à la p. 316.

332. *Code du travail*, *supra* note 18, art. 118.

333. R. P. Gagnon, *supra* note 231 à la p. 195. Bureau international du travail, *supra* note 25 à la p. 51 : «Les règlements prévoient parfois une autre mesure pour assurer une solution plus rapide des conflits de travail : l'interdiction de tout recours contre les décisions interlocutoires des tribunaux du travail à moins que ce recours ne soit introduit conjointement avec le recours contre le jugement définitif.» À cet effet, voir *Syndicat international des communications graphiques local 555 c. Margo corporation*, [1986] R.J.Q. 2123 (C.A.) à la p. 2127 : «En droit pénal, en principe, il n'y a pas d'appel d'un jugement interlocutoire. En droit civil, les articles 29 et 511 C.P., notamment depuis la modification apportée en juin 1986 à l'article 511, accordent un droit d'appel restreint en ce qui concerne un jugement interlocutoire. En droit du travail, la jurisprudence du Tribunal du travail débouche sur le même résultat. La bonne administration de la justice commande que la marche normale d'une affaire ne soit pas interrompue par des appels de décisions interlocutoires. Toutefois, cela ne signifie pas que l'interlocutoire ne puisse être remis en question mais seulement qu'il n'est pas sujet à un appel immédiat. Sur appel de la décision finale, l'interlocutoire pourra être débattu.»

334. Commission consultative sur le travail et la révision du Code du travail, *supra* note 207 à la p. 234.

Nous pouvons aussi affirmer que l'interdiction faite par le législateur de recourir à la procédure d'appel dans le cas du prononcé de certaines décisions s'explique aussi par l'objectif d'assurer une célérité juridictionnelle.<sup>335</sup> Ainsi, que les décisions arbitrales de griefs ne soient pas susceptibles d'appel<sup>336</sup> en raison de la finalité même du processus arbitral ainsi que de son fondement historique<sup>337</sup> répond lui aussi à cet objectif de célérité. Il en est de même pour les décisions prononcées par le Commissaire du travail lors de plainte pour un congédiement fait sans cause juste et suffisante qui ne sont pas non plus susceptibles d'appel.<sup>338</sup> Étonnamment, la décision d'un commissaire du travail relativement à une pratique interdite est susceptible d'appel devant le Tribunal du travail.<sup>339</sup> Est-ce les origines du recours pour un congédiement fait sans cause juste et suffisante initialement entendu devant un arbitre de grief,<sup>340</sup> donc non susceptible d'appel qui ont créé cette distinction entre ces deux catégories de recours devant le commissaire du travail? Fort probablement, d'autant plus que le recours à l'encontre d'un congédiement fait sans cause juste et suffisante est un recours caractérisé par un certain degré d'exclusivité, le salarié devant faire la preuve qu'aucun autre recours semblable lui est ouvert.<sup>341</sup>

De plus, toujours dans le but d'assurer une certaine célérité dans l'exécution du jugement et dans le règlement final du dossier, le législateur, de façon à ne pas prolonger inutilement les délais, décrète normalement, par l'utilisation d'une clause privative, que les jugements ne pourront faire l'objet d'un recours extraordinaire. Forçant ainsi la retenue judiciaire des tribunaux de droit commun, lesquels ont un pouvoir de révision sur les décisions des tribunaux du travail, on assure le maintien

---

335. *Syndicat international des communications graphiques, local 555 c. Margo corporation*, *supra* note 333 à la p. 2127.

336. *Code du travail*, *supra* note 18, art. 101.

337. R. Blouin et F. Morin, *supra* note 240 à la p. 480.

338. *Loi sur les normes du travail*, *supra* note 22, art. 130.

339. *Ibid.*, art. 123 qui renvoie aux dispositions des articles 118 à 137 du *Code du travail*, *supra* note 18 relatifs à la procédure d'appel.

340. Dans la première version du recours pour congédiement fait sans cause juste et suffisante, le recours était intenté devant un arbitre de grief et ce afin de pouvoir suivre les règles applicable dans un milieu syndiqué. Toutefois, afin de régler un problème d'indépendance et d'impartialité occasionné par le fait que l'arbitre était rémunéré par les parties, le législateur confia au commissaire du travail, cette juridiction : voir à cet effet, P. Laporte, *Le traité du recours à l'encontre d'un congédiement sans cause juste et suffisante*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1992 à la p. 140.

341. *Loi sur les normes du travail*, *supra* note 22, art. 124.

de cet objectif de célérité tout en maintenant la confiance que peuvent avoir les parties dans le système de résolution des conflits de travail.<sup>342</sup> Cette protection, par clause privative accordée aux différentes décisions prononcées par les tribunaux spécialisés du travail et limitant aux seuls cas d'excès de juridiction la permission d'utiliser des recours extraordinaires, est justifiée par l'intention du législateur de réduire les délais occasionnés par l'utilisation détournée d'une telle procédure.<sup>343</sup> Cependant, le recours en contrôle judiciaire déposé devant la Cour supérieure, tribunal de droit commun, constitue à lui seul un élément marquant de cette judiciarisation et marque en quelque sorte une faiblesse dans l'autonomie et dans le particularisme du droit du travail qui veut pourtant se détacher le plus possible des règles civilistes. On pourrait croire que le recours à cette procédure de nature civile peut justement constituer une entrave à cet objectif de célérité.<sup>344</sup> Curieusement, il semble que ce soient les intervenants agissant pour les parties ou encore les parties elles-mêmes qui tendent à judiciariser le débat devant les tribunaux du travail, alors que les tribunaux de droit commun, de première instance et d'appel, qui détiennent le pouvoir du contrôle judiciaire ont développé depuis quelques années une tendance visant justement à respecter le plus possible la spécialisation des tribunaux du travail et à n'intervenir que dans les cas d'excès de juridiction manifestes et

---

342. *Canada (P.G.) c. AFCP*, [1993] 1 R.C.S. 941 à la p. 952. Comme le dit J.F.W. Weatherill, *Labour relations boards and the courts*, [1966] 21 Industriels Relations 58 à la p. 60, «Jurisdiction, in the present context, means authority to decide, whether correctly or incorrectly».

343. En effet, historiquement l'effet recherché par les parties, notamment l'employeur, de recourir au bref de prohibition, tel qu'on l'appelait antérieurement, était de produire des délais. Voir à cet effet, P. Cutler, *Les brefs de prérogative et le nouveau Code du travail*, (1966) 26 R. du B. 7 à la p. 13.

344. *Collège d'enseignement général et professionnel de Valleyfield c. Gauthier-Cashman*, [1984] C.A. 633 à la p. 634, juge Vallerand : «L'arbitrage de griefs est un moyen qu'on a inventé pour régler rapidement les conflits quotidiens qui surviennent à l'intérieur des conventions collectives. On a en revanche parfois motif de croire que l'évocation est, elle, un moyen inventé pour faire tout juste le contraire; le recours est en effet fréquemment marqué à l'enseigne de la guérilla d'usure plutôt qu'à celle de la justice.» Voir aussi à ce propos les commentaires de J. Desmarais, «Nouvelles pratiques et traitement des litiges en droit du travail au Québec : un panorama déconcertant» dans K. Lippel, dir., *Nouvelles pratiques de gestion des litiges en droit social et du travail*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1993, 95 à la p. 105, qui précise dans ces commentaires qu'en raison de l'utilisation du recours en évocation, trop souvent utilisé en guise de provocation, l'arbitrage de grief est presque devenu un mode traditionnel de règlement des conflits.

déraisonnables.<sup>345</sup> Or, bien que les tribunaux spécialisés du travail soient à prime abord et nous avons fait antérieurement la démonstration les mieux placés pour trancher des litiges découlant de la relation employeur-employé, l'excès de juridiction ne constitue plus à partir de ce moment une question devant être jugée fonction de l'équité et des principes particuliers régissant le domaine du travail. La question en devient une d'ordre juridique;<sup>346</sup> les tribunaux de droit commun, détenteurs de ce pouvoir de révision judiciaire, sont alors en mesure de trancher. Comme le soulignait la Cour suprême dans l'affaire *U.I.E.S., Local 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*,<sup>347</sup> «[u]ne intervention judiciaire est alors non seulement admissible, mais l'intérêt public l'exige».<sup>348</sup> Ainsi, cette intervention des tribunaux de droit commun dans le domaine des relations du travail devient nécessaire afin d'assurer aux citoyens que justice a bel et bien été rendue.<sup>349</sup> L'objectif de célérité est alors mis de côté au profit de l'ordre juridique. L'intervention des tribunaux de droit commun à cette étape du recours juridictionnel est essentielle afin de maintenir les exigences de la justice qui veulent que les règles de notre système législatif démocratique soient respectées notamment en ce qui a trait aux principes fondamentaux de procédure, au respect de la compétence des tribunaux du travail et à la logique qui doit imprégner les décisions afin qu'elles soient prononcées dans les limites du raisonnable. Pour cela, le législateur a voulu assurer le maintien de la paix industrielle en instaurant des règles<sup>350</sup> comme celle du partage de juridiction protégeant la cohérence décisionnel ou celle de la célérité décisionnelle permettant ainsi aux dossiers litigieux de ne pas s'éterniser.<sup>351</sup> Mais il ne faut pas perdre de vue que l'effet positif du renvoi devant les tribunaux de droit commun est de permettre que ces mêmes tribunaux, bien qu'ils se disent respectueux de la juridiction des tribunaux spécialisés du travail, dégagent régulièrement les paramètres d'application des lois du travail.<sup>352</sup> C'est à la fois une

---

345. *Gendron c. SAS de l'AFCP*, [1990] 1 R.C.S. 1298; *Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon c. CEGEP (Lévis-Lauzon)*, [1985] 1 R.C.S. 596;

346. *Re Public Service Employee Relations Act*, [1987] 1 R.C.S. 313.

347. *Union internationale des employés des services, local 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382.

348. *Ibid.* aux pp. 388-389. Voir aussi sur la question B. Amyot, «De la notion de juridiction en droit administratif canadien», (1983) 24 C. de D. 605.

349. M. Lapointe, «Législation industrielle et ouvrière du Québec», (1958) 8-9 R. J. T. 162 à la p. 170.

350. *Dayco (Canada) c. TCA-Canada*, *supra* note 268.

351. *Domtar c. Québec (CALP)*, *supra* note 314.

352. P. Issalys, «Regard sur le droit administratif suisse», (1978) 19 C. de D. 703 à la p. 712.

contradiction, puisque ce devrait être les tribunaux spécialisés du travail qui dégagent ces paramètres, mais c'est en même temps une nécessité afin de protéger l'ordre juridique contre toute décision manifestement déraisonnable qui violerait cet ordre juridique.

D'autres dispositions procédurales, plus mineures, sont aussi présentes dans le but de favoriser cet objectif de célérité. Par exemple, l'impossibilité que les «juges du travail» soient poursuivis en justice pour les actes accomplis de bonne foi dans l'exercice de leurs fonctions,<sup>353</sup> les délais pour la convocation des parties,<sup>354</sup> les différents modes de remplacement de ces juges en cas d'incapacité<sup>355</sup> ainsi que la possibilité de procéder *ex parte*<sup>356</sup> constituent tous des moyens utiles à l'atteinte de cet objectif législatif et juridictionnel.<sup>357</sup>

Les règles de preuve répondent aussi à cet objectif de célérité, puisque rien n'est habituellement préalablement déterminé par le législateur si ce n'est qu'il oblige le «juge» du tribunal spécialisé du travail à rendre sa décision suivant l'équité et la bonne conscience ou encore selon le mode de preuve qu'il juge approprié, ce qui lui laisse toute latitude dans l'administration de la procédure et de la preuve présentées,<sup>358</sup> sous réserve évidemment du respect des règles de justice naturelle.<sup>359</sup>

---

353. *Code du travail*, supra note 18 art. 100.1 et 140.1; *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction*, L.R.Q. c. R-20, art. 66 [ci-après *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction*].

354. *Code du travail*, *ibid.*, art. 20 et 100.5.

355. *Ibid.*, art. 80, 100.1.2 et 116.

356. *Ibid.*, art. 20, 100.5 et 132.

357. *Ferland c. Hôpital Ste-Monique*, [1993] R.J.Q. 2914 (C.Q.) à la p. 2927.

358. Encore à propos de cette caractéristique des tribunaux du travail, l'auteur israélien Ben Israel, supra note 263 à la p. 218, enseigne que dans son pays les tribunaux du travail ne sont pas tenus de suivre les règles de procédure et de preuve des tribunaux ordinaires : «En l'absence de procédure expresse, la loi confie au juge le soin de déterminer celle qu'il estimera la plus propre à permettre une décision équitable. On espère ainsi parvenir à rendre la procédure compréhensible à tout plaignant, à l'adapter aux différends collectifs, à réduire la durée des procès, à simplifier l'administration de la preuve et, tout spécialement, à réduire les frais de justice.» Chez nous, ce principe est consacré par plusieurs dispositions : *Code du travail*, supra note 18, art. 79 et 100.2; *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction*, supra note 353, art. 67.

359. *Syndicat des employés professionnels de l'Université du Québec à Trois-Rivières c. Université du Québec à Trois-Rivières*, [1993] 1 R.C.S. 471 à la p. 489.

À cela s'ajoute les règles de preuve du *Code civil du Québec*, lesquelles sont d'ordre public, de même que les règles édictées par la *Charte des droits et libertés de la personne*.<sup>360</sup> Toutefois, comme il n'y a pas de règles de preuve préétablies, les «juges» des tribunaux spécialisés du travail ont tendance à se rabattre, comme moyen supplétif, sur les règles du droit civil et cela souvent par une voie analogique<sup>361</sup> à moins qu'ils ne décident de les appliquer directement. Or, nous l'avons préalablement mentionné, le but des tribunaux du travail est d'abord et avant tout de rendre jugement selon l'équité sans cependant mettre de côté les règles de droit en vigueur.<sup>362</sup> Malheureusement, l'utilisation à outrance des règles du droit commun a souvent comme effet de trop judiciaire la procédure et la preuve devant ces tribunaux, ce qui peut tendre à l'opposé de l'objectif de la célérité. Pour certains, il s'agit de la «civilisation» du système d'arbitrage ou des autres systèmes juridictionnels.<sup>363</sup>

Enfin, nous pouvons affirmer que dans le but d'accélérer la solution rapide des conflits, l'utilisation fréquente d'une procédure de conciliation constitue en soi un moyen déterminant pour l'atteinte de cet objectif.<sup>364</sup> Cette procédure utilisée chez nous, tant dans le cadre des conflits collectifs que dans le cadre de la plupart des conflits individuels, vise l'atteinte de deux objectifs. D'abord, à la lumière des préceptes du droit du travail, ce moyen favorise l'entente négociée entre les parties, caractéristique essentielle au maintien d'une relation d'emploi stable et d'une paix industrielle à l'intérieur de l'entreprise. Ensuite, en favorisant le règlement à l'amiable du litige par les parties, le législateur permet de raccourcir les délais occasionnés par une enquête, tout en diminuant les frais. Le législateur «déjudiciarise».<sup>365</sup> Certains semblent toutefois questionner cette approche, prétextant que l'utilisation du processus de conciliation, notamment en matière de conflit individuel, pourrait tout aussi bien se justifier par l'intention du législateur,

---

360. *Charte des droits et libertés de la personne*, *supra* note 312. Voir R.-P. Gagnon, *supra* note 231 aux pp. 466-467.

361. R. Blouin, *La juridiciarisation de l'arbitrage de grief*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1996 à la p. 238.

362. M.-L. Beaulieu, *supra* note 14 à la p. 109.

363. M.-F. Bich, *supra* note 35 à la p. 552. Pour Bich, cette civilisation origine du fait que le processus juridictionnel des relations du travail est régi par le droit administratif lequel est issu de la *common law* anglaise.

364. Bureau international du travail, *supra* note 25 à la p. 40.

365. Y. Ouellette, *supra* note 281 à la p. 200.

en même temps administrateur et soutien financier de ces tribunaux du travail, de vouloir alléger le volume de plaintes déposées par les salariés en favorisant la fermeture des dossiers par une entente négociée entre les parties. Diminuant ainsi, du même coup, les frais administratifs liés au déroulement des enquêtes et des auditions tenues pour chaque plainte.<sup>366</sup> Selon nous, l'intention prioritaire qui sous-tend l'utilisation de ce processus de conciliation doit pencher du côté de la valorisation de la paix industrielle par le biais d'entente négociée. Présumer d'une intention visant l'allègement de la charge administrative de l'État contrevient au fondement même des principes gouvernant tout système de relations de travail.

La particularité de notre système de conciliation repose sur son caractère facultatif. Que ce soit en matière de litige collectif ou individuel, ce moyen transactionnel est laissé à la discrétion des parties, sauf exceptions,<sup>367</sup> tandis que souvent dans les pays étrangers, il est imposé aux parties comme condition préalable à l'audition devant un tribunal spécialisé du travail. L'analyse historique de l'évolution des relations du travail démontre que notre système tient ses origines à la fois du système français pour une première partie de son histoire et du système néo-zélandais pour la seconde partie.<sup>368</sup>

---

366. J. Desmarais, *Nouvelles pratiques et traitement des litiges en droit du travail au Québec : un panorama déconcertant*, *supra* note 344 à la p. 130 : «Lorsque la *Loi sur les normes du travail* inscrit la conciliation parmi ces fonctions et que la CNT, comme les autres agences, met l'emphasis sur ce procédé, s'agit-il d'un déplacement d'orientation, d'une mise en veilleuse de leur mission de promotion et de défense de l'ordre public social ou d'une façon de gérer efficacement un volume élevé de plaintes au moyen de cette technique? De la même façon, lorsque le conciliateur-décideur (CSST), l'agent de relations du travail (CCRT), l'agent des affaires du travail (Travail Canada), l'agent d'accréditation (BCGT) ou le médiateur (CSE) entreprennent leurs multiples démarches, quels objectifs privilégient-ils : la protection de l'ordre public social ou le nombre de dossiers fermés?» Voir aussi au même effet, Y., Ouelette, *supra* note 281 à la p. 201.

367. Ainsi, en matière d'arbitrage de différend de la première convention collective, l'intervention du conciliateur est obligatoire : *Code du travail*, *supra* note 18, art. 93.1 et 94.

368. En Nouvelle-Zélande, bien qu'une première loi sur le sujet date de 1894, c'est en 1954, par l'adoption de la *Loi sur la conciliation et l'arbitrage professionnels* que le législateur néo-zélandais instaurait «le texte législatif le plus important en ce qui concerne les règlements des différends du travail : A. Tyndall, *La conciliation et l'arbitrage professionnels en Nouvelle-Zélande*, [1960] 82 *Revue internationale du travail*, 156 aux pp. 156-157». Cette loi créait un système en deux étapes en vue du règlement d'un différend du travail à propos de questions professionnelles entre un ou des employeurs et un ou des syndicats. Une première étape de conciliation et une seconde d'arbitrage dans l'éventualité où le différend ne pouvait être réglé par l'intervention du conseil de conciliation. Au surplus, ce tribunal



Cette affirmation repose sur le fait qu'au départ, notre système de conciliation, qui ne s'appliquait soit dit en passant qu'au cadre des relations collectives de travail avant d'être implanté aussi dans le cadre des litiges découlant des relations individuelles, était facultatif, tout comme le préconisait le législateur français.<sup>369</sup> Ce n'est que beaucoup plus tard, alors qu'on s'aperçut que la loi ne donnait pas les effets escomptés puisque son application était vouée à l'inefficacité en raison de l'absence d'un caractère obligatoire, que le législateur québécois s'inspira de la loi néo-zélandaise pour rendre plus efficace le système en décrétant l'obligation pour les parties de se soumettre au processus de conciliation et d'arbitrage avant de déclarer la grève ou d'imposer une contre-grève.<sup>370</sup>

Ainsi, dans le cadre du processus de négociation collective, le référé à l'arbitrage de différend, lorsqu'il ne s'agit pas de la négociation de la première convention collective, n'en devient pas irrecevable pour autant qu'il n'y ait pas eu de conciliation.<sup>371</sup> Cependant, dans le cadre du référé à l'arbitrage de différend de la première convention collective, la démarche infructueuse de conciliation est une condition essentielle à la recevabilité de la démarche arbitrale.<sup>372</sup> En outre, même l'arbitre de différend, une fois nommé et avant de débiter son audition, doit-il s'assurer qu'il est impossible pour les parties d'en venir à une entente.<sup>373</sup>

---

d'arbitrage composé d'un juge et de deux assesseurs, nommés sur recommandation du patronat ou du syndicat a aussi juridiction en matière d'ordonnances générales salariales (pp. 160 et 164).

369. J. Guilbeault, *supra* note 81 à la p. 231.

370. *Ibid.* aux pp. 231 et 241. À noter que, malgré certaines critiques, d'autres pays préconisaient eux aussi le processus d'arbitrage obligatoire de différends collectifs. C'est le cas de l'Australie : K. Laffer, *supra* note 253, et R. D. Lansbury, «Le retour à l'arbitrage – Tendances récentes du règlement des différends et de la politique des salaires en Australie», (1978) 117 *Revue internationale du travail* 661.

371. *Code du travail*, *supra* note 18, art. 74.

372. *Ibid.*, art. 93.1.

373. *Ibid.*, art. 93.4. R.P. Gagnon, L. Lebel et P. Verge, *supra* note 228 à la p. 692 : «Au stade initial, l'intervention de l' "arbitre", en dépit de son appellation, se situe sur le plan de la conciliation ou de la médiation. On ne sera en présence d'une véritable fonction arbitrale qu'après que le tiers intervenant aura informé les parties (en même temps que le ministre) de sa décision de déterminer lui-même le contenu de la première convention collective». Il ne faut pas perdre de vue que dans d'autres domaines des relations de travail cette étape de conciliation, aussi appelée médiation, et qui a pour but de faire en sorte que les parties puissent en venir à un rapprochement tel, qu'une entente collective puisse être conclue se retrouve ailleurs dans le Code du travail, notamment par les policiers et pompiers municipaux, art. 9

Quant au processus de conciliation dans le cadre de recours juridictionnel individuel, le processus est toujours facultatif. Il en est ainsi en matière de congédiement fait sans cause juste et suffisante, qu'il s'agisse du recours institué sous la loi fédérale ou provinciale,<sup>374</sup> de même que lors du processus visant à sanctionner une quelconque pratique interdite,<sup>375</sup> à l'exception d'une plainte déposée des suites d'une sanction imposée en raison d'une activité syndicale où le commissaire du travail saisi du dossier n'a pas à procéder à une étape de conciliation, ni à s'assurer que les parties ont été soumises à cette condition préalable.<sup>376</sup> Curieux constat à l'intérieur même d'une loi qui a pour objectif de favoriser le règlement négocié des conflits collectifs. Le recours à la conciliation est aussi reconnu devant la Commission de la santé et de la sécurité du travail.<sup>377</sup>

L'utilisation d'un processus de conciliation est aussi reconnue en matière de protection des droits et libertés individuels. Tout salarié qui fait l'objet d'une violation de l'un de ses droits ou de l'une de ses libertés dans le cadre de sa relation d'emploi possède un recours visant à sanctionner cette violation. Ainsi, tant en vertu du régime fédéral que du régime provincial, le processus juridictionnel de plainte est caractérisé par l'intervention possible d'un conciliateur chargé d'en arriver au règlement de la plainte du salarié.<sup>378</sup>

Un tel processus de conciliation à l'intérieur du cadre procédural d'un recours juridictionnel portant sur une réclamation monétaire découlant du refus de l'employeur de verser un montant dû au salarié en contrepartie de sa prestation de travail est cependant inexistant. Cette distinction pourrait se justifier par le simple fait que dans les circonstances d'une réclamation monétaire, c'est le tribunal civil qui entend la réclamation selon le modèle traditionnel de traitement des litiges.

---

374. *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2, art. 241 [ci-après *Code canadien du travail*] et *Loi sur les normes du travail*, *supra* note 22, art. 125.

375. *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q. A-3.001, art. 254, [ci-après *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*]; *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, *supra* note 223, art. 228; *Loi sur les normes du travail*, *ibid.*, art. 123.3.

376. *Code du travail*, *supra* note 18, art. 15. À noter que d'autres dispositions législatives qui renvoient aux dispositions relatives à la plainte pour activité syndicale du *Code du travail* ne prévoient pas elles non plus le renvoi à un quelconque processus de conciliation :

377. *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, *supra* note 375, art. 254.

378. *Charte des droits et libertés de la personne*, *supra* note 197, art. 78 et *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 47.

Pourtant, rien n'empêcherait qu'une telle étape de conciliation puisse avoir lieu avant de référer le dossier devant le tribunal civil au moyen d'une action en justice. D'ailleurs, au niveau fédéral, le rôle confié à l'inspecteur chargé de faire enquête constitue indirectement une intervention conciliatrice, puisque les parties peuvent s'entendre sur le montant déterminé par l'inspecteur.<sup>379</sup> En cas de défaut d'entente ou en cas de refus par l'employeur de verser la somme déterminée par l'inspecteur après enquête, la décision finale reviendra à un arbitre chargé de faire enquête et de prononcer une décision.<sup>380</sup> Ce dernier schéma juridictionnel correspond au mode non traditionnel de règlement des litiges en matière de relation de travail, puisque comme la majorité des procédures juridictionnelles devant un tribunal spécialisé du travail, il y a une étape de conciliation avant l'intervention du tribunal.

### 3.3 L'accessibilité

«Une justice accessible» nous dit Supiot «est une justice à laquelle tous les justiciables peuvent accéder facilement, rapidement et à moindre coût».<sup>381</sup> C'est une justice de masse, nous disent d'autres, liée au grand phénomène de la déjudiciarisation.<sup>382</sup> Cette dernière caractéristique se dressait dans le cadre d'un rapport qui se voulait critiquer les effets de la création des tribunaux administratifs québécois et qui concluait en ces termes : «Ce n'est pas de déjudiciariser que de reproduire devant les organismes administratifs les mêmes attitudes d'affrontement qui caractérisent la procédure judiciaire».<sup>383</sup> Cette critique faisait référence au fait que l'instauration de tribunaux dits administratifs avait eu pour effet, dans plusieurs circonstances, d'allonger les délais et d'augmenter la charge procédurale.

À notre avis, de ces deux définitions de l'accessibilité, il nous faut retenir celle de Supiot comme étant celle qui colle le mieux, encore aujourd'hui, à la justice

---

379. *Code canadien du travail*, *supra* note 374, art. 251 (2).

380. *Ibid.*, art. 251.12.

381. A. Supiot, *supra* note 22 à la p. 29.

382. Rapport du groupe de travail sur les tribunaux administratifs, *Les tribunaux administratifs – l'heure est aux décisions*, 1987, Gouvernement du Québec, p. 13. Voir aussi, B. Schwartz, «Recent Developments in American Law», (1980) 58 R. du B. can. 319 à la p. 321.

383. Rapport du groupe de travail sur les tribunaux administratifs, *ibid.* à la p. 14.

décisionnelle des tribunaux administratifs et particulièrement de celle des tribunaux spécialisés du travail.<sup>384</sup>

Nous affirmions précédemment que dans le cadre des rapports collectifs de travail, la célérité visait surtout à maintenir une paix sociale et industrielle dans la société en résolvant rapidement les conflits pour lesquels un règlement tardif pouvaient engendrer de graves conséquences pour l'économie d'une entreprise, d'une localité, d'une région et même d'un pays.

Dans le cadre d'un litige individuel, la célérité du processus juridictionnel se justifie par le désir législatif de procéder au règlement du conflit de façon à ne pas causer préjudice au salarié visé par la sanction disciplinaire ou la perte de salaire. C'est en effet toute la conduite de la vie qui est déterminée par le travail. Le salarié n'a pas de capitaux qui lui permettent l'attente à cause de la nécessité absolue de vivre et de faire vivre sa famille d'un travail rémunéré au jour le jour.

Or, dans le but de respecter cet objectif de célérité, il faut assurer un haut degré d'accessibilité aux différents tribunaux du travail. Pour ce faire, le législateur a instauré certaines dispositions permettant au salarié de se présenter devant le tribunal spécialisé du travail à l'aide de moyens simples et expéditifs et ce, afin de ne pas compliquer la compréhension procédurale nécessaire au bon fonctionnement du système.

Comme premier exemple de ce concept, la loi donne accès au tribunal spécialisé du travail à partir du lieu même de travail du salarié. On permettra au salarié de déposer ou d'instituer son recours sans avoir à se déplacer sur des lieux

---

384. P. Issalys et D. Lemieux, *supra* note 264 à la p. 329 : «D'abord son **non-formalisme**, qui contribue à rendre le tribunal plus accessible, en permettant notamment à l'administré de défendre lui-même ses intérêts, s'il le désire, devant le tribunal administratif, sans s'exposer aux traquenards que pourrait receler un régime procédural plus élaboré. Cette accessibilité directe, ce côté plus "convivial" de la justice administrative, se traduisent sur de nombreux plans : frais de procédure minimes ou inexistant, décontraction vestimentaire, pièces de procédure simplifiées et réduites au minimum, interventionnisme du tribunal dans le débat de manière à éviter que la cause de l'administré soit desservie par le déséquilibre des moyens, non application des règles de la preuve judiciaire, souci de traiter l'affaire rapidement sans compromettre le droit de l'administré de se faire entendre, etc.». Voir aussi au même effet, A. Lagneau-Devillé, *supra* note 283 à la p. 531.

extérieurs à son lieu de travail. En effet, alors qu'en vertu des règles de procédure civile, le salarié demandeur et revendicateur d'un droit doit s'adresser au tribunal de droit commun du district judiciaire où l'employeur défendeur a élu domicile ou encore au tribunal de droit commun où le contrat a été conclu,<sup>385</sup> il en est tout autrement sous l'égide des règles de procédure devant les tribunaux du travail. Le salarié pourra adresser sa plainte à partir de son lieu de travail et c'est le tribunal devant qui il dépose son recours qui viendra siéger dans la localité du lieu de travail du salarié. Par exemple, le salarié qui désire porter plainte pour congédiement pour activité syndicale ou dans le but de contrer toute autre sanction pour laquelle le législateur a permis l'utilisation de la même procédure pourra intenter son recours contre son employeur en déposant sa plainte directement au bureau du Commissaire général du travail ou simplement en la mettant à la poste à l'adresse du commissaire général du travail<sup>386</sup> et ce, à partir de son lieu de travail. Ce dernier désignera un commissaire du travail et le chargera de l'enquête. Dans le but de faciliter le déroulement du dossier, de diminuer les coûts pour le salarié et l'employeur et compte tenu aussi de l'absence du décorum qui caractérise les tribunaux spécialisés du travail, le commissaire du travail désigné pourra siéger dans tout lieu convenable dans la mesure où il peut s'assurer du respect des règles de justice fondamentale qui lui permettront de rendre jugement.<sup>387</sup>

Il en est de même en matière de grief, alors que le salarié n'a qu'à faire parvenir son grief à l'employeur par l'entremise de moyens de communication souvent établis à l'intérieur même des murs de l'entreprise où se sont déroulés les faits à l'origine du litige. Si le processus de règlement interne du grief ne donne pas de résultat, les parties pourront s'adresser à un arbitre qui viendra tenir son enquête dans la localité où le litige se déroule et ce, sans que les parties n'aient à se déplacer avec leurs témoins sur une trop grande distance, permettant ainsi un meilleur accès au système de résolution de conflit que constitue l'arbitrage de grief. Qui plus est, en matière d'arbitrage de grief, il est fréquent que l'arbitre désigné pour décider du

---

385. Art. 68 C.p.c.

386. *Code du travail*, supra note 18, art. 16 et *Règlement sur l'exercice du droit d'association*, R.R.Q., 1981, c. C-27, r. 3, art. 3 qui énonce qu'un document adressé au commissaire général du travail doit l'être à son bureau de Québec ou à celui de Montréal. Au fédéral, *Code canadien du travail*, supra note 374, art. 97 et *Règlement de 1992 du Conseil canadien des relations du travail*, DORS/91-662, (1991) 125 Gazette du Canada, Partie II, 3988 (92-01-06), art 4, 5 et 7.

387. *Règlement sur l'exercice du droit d'association*, R.R.Q., 1981, c. C-27, r. 3, art. 8.

litige provienne de la même localité que les parties. Cela permet donc aux parties de faire trancher leur litige par une personne qui connaîtra mieux, non seulement l'entreprise où survient le conflit, mais qui connaîtra aussi les conditions locales de travail. Ainsi l'arbitre peut les prendre en considération dans une plus large mesure. Ce qui rejoint une fois de plus l'objectif de la connaissance du milieu par le tribunal afin que les décisions rendues tiennent compte non seulement du droit en vigueur, mais aussi des considérations humanitaires ou encore des us et coutumes reconnus à l'intérieur du territoire où se déroule le conflit.

La deuxième caractéristique relative à ce concept d'accessibilité repose sur le caractère sommaire de la procédure à suivre pour avoir droit de porter son recours devant un quelconque tribunal spécialisé du travail. Contrairement aux règles de procédure devant les tribunaux de droit commun et contrairement à ce qu'on peut retrouver dans certains pays d'Europe notamment, la procédure à suivre pour intenter le recours et en assurer le suivi n'est pas aussi rigoureuse devant les tribunaux spécialisés du travail.<sup>388</sup> Bien sûr, il y a les délais de présentation qui doivent être rigoureusement respectés sous peine de déchéance. Abstraction faite de cet élément commun, la «procédure du travail» n'est pas soumise à autant de règles dans l'administration du recours que peut l'être la procédure civile. Une fois le recours déposé, le tribunal fixe la date d'audition et il procède en présence des parties. Toute question particulière quant au déroulement de l'instance dépend soit de son pouvoir de rendre toute ordonnance propre à sauvegarder les droits des parties, soit des règles établies par le législateur ou encore par les parties dans le cadre d'un arbitrage de grief. En outre, peuvent aussi s'ajouter des règles non écrites de fonctionnement connues par les habitués de ces tribunaux et reposant elles aussi sur des critères de célérité, d'accessibilité et d'équité. À défaut de règles précises, tant les membres du tribunal que les parties ou leurs représentants utiliseront alors les règles du droit commun, notamment en matière de preuve, sans nécessairement appliquer les dispositions rigoureuses de son administration devant le tribunal. Dans de telles circonstances l'objectif d'accessibilité rejoint celui de la célérité.

En favorisant une administration du recours plus souple, le législateur permet à un plus grand nombre d'intervenants d'avoir recours aux tribunaux spécialisés du travail sans avoir nécessairement besoin de l'aide d'avocats habitués

---

388. P. Issalys et D. Lemieux, *supra* note 264 à la p. 329.

et formés à partir de la procédure civile. D'ailleurs la *Loi sur le Barreau* permet une telle représentation.<sup>389</sup> Cependant le Barreau du Québec n'a pas toujours été de cet avis. En effet, lors de la mise sur pied du Tribunal du travail, cette corporation professionnelle s'objectait à la libre représentation devant ce tribunal, justement parce que le législateur employait le terme «tribunal» dans la désignation de cette instance spécialisée et que ce tribunal était constitué de juges de la Cour provinciale aujourd'hui devenue la Cour du Québec.<sup>390</sup> Pour le Barreau de l'époque, l'origine de la fonction judiciaire des membres qui composeraient éventuellement ce tribunal était plus importante dans la détermination du statut de ce tribunal que la nature et les pouvoirs détenus par ce même tribunal. En fait, des représentants du système judiciaire siégeraient à un tribunal quasi-judiciaire. Cependant, c'était à la nature du tribunal qu'il fallait s'arrêter et non aux membres qui le composaient. La Cour d'appel semble avoir indirectement réfuté la position que défendait le Barreau puisqu'elle a déjà indiqué que le fait que des juges de la Cour du Québec soient rattachés à ce tribunal ne permettait pas à une partie, insatisfaite d'une décision prononcée par le Tribunal du travail, de formuler une demande d'appel à la Cour d'appel sous ce seul motif alors que le *Code du travail* ne prévoit aucune possibilité d'appel des décisions du Tribunal. Le Tribunal du travail est autonome de la Cour du Québec; il n'est pas l'une de ses divisions.<sup>391</sup>

Si les dernières remarques font la démonstration de règles favorisant l'accessibilité aux tribunaux spécialisés du travail, certains émettent l'opinion que l'adjonction des recours offerts au justiciable augmente d'autant la complexité de l'application des lois du travail. C'est d'ailleurs l'un des constats formulés par la Commission Beaudry dans son rapport sur la révision du *Code du travail* :

«Si le législateur a voulu régir les relations du travail au moyen de plusieurs lois spécifiques, le justiciable, dans l'exercice de ses droits, éprouve souvent des difficultés découlant de la diversité de ces lois. En effet, l'adjonction des recours accentue la complexité des lois du travail et par voie de conséquence, complique leur application. On ne peut donc

---

389. *Loi sur le Barreau*, L.R.Q. c. B-1, art. 128.

390. Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, (15 octobre 1969) aux pp. 3692-3693.

391. *Commission scolaire régionale de l'Outaouais c. Syndicat national des employés de la Commission scolaire régionale de l'Outaouais*, J.E. 82-716 (C.A.). R.P. Gagnon, *supra* note 231 aux pp. 207-208, énonce qu'un appel direct à la Cour suprême pourrait peut-être être possible, bien que certaines tentatives aient échoué.

s'étonner du nombre imposant d'interventions réclamant avec persistance la simplification et la cohérence des recours et des règles de procédure.»<sup>392</sup>

L'un des exemples les plus frappants de cette situation est certainement celui donné pour les divers recours à l'encontre de pratiques interdites institués devant le commissaire du travail qui permet nombre de recours pour sanctionner de telles pratiques et ce en vertu de lois aussi diverses que le *Code du travail*,<sup>393</sup> la *Loi sur les normes du travail*,<sup>394</sup> la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*,<sup>395</sup> la *Loi sur les élections scolaires*,<sup>396</sup> la *Loi sur les élections et référendums dans les municipalités*,<sup>397</sup> la *Loi sur la protection des personnes et des biens en cas de sinistres*,<sup>398</sup> la *Loi sur les jurés*,<sup>399</sup> la *Loi sur les tribunaux judiciaires*<sup>400</sup> ou la *Charte de la langue française*.<sup>401</sup> Une panoplie de recours devant le même tribunal. Il y aurait lieu, comme le suggère le rapport Beaudry, de procéder à une uniformisation de façon à respecter cet objectif d'accessibilité afin que le justiciable s'y retrouve facilement, d'autant plus que même les délais de présentation des requêtes sont différents pour chacun. De surcroît, tout dépendant de la nature du recours, l'appel au tribunal du travail n'est pas permis dans tous les cas.<sup>402</sup> Justice accessible, oui, mais combien compliquée quelques fois, ce qui peut faire perdre de vue l'objectif voulu.

### 3.4 L'exclusivité juridictionnelle

Une étude du Bureau international du travail énonce qu'«il est intéressant de remarquer qu'en général la compétence des tribunaux du travail exclut celle des tribunaux ordinaires».<sup>403</sup> Il ne faut pas oublier que les tribunaux de droit commun

---

392. Commission consultative sur le travail et la révision du Code du travail, *supra* note 207 à la p. 228.

393. *Code du travail*, *supra* note 18, art. 16.

394. *Loi sur les normes du travail*, *supra* note 22, art. 123 et 124.

395. *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, *supra* note 223, art. 227.

396. *Loi sur les élections scolaires*, *supra* note 296, art. 205 et 206.

397. *Loi sur les élections et les référendums dans les municipalités*, *supra* note 297, art. 356.

398. *Loi sur la protection des personnes et des biens en cas de sinistres*, *supra* note 298, art. 49.

399. *Loi sur les jurés*, *supra* note 299, art. 47 al. 2.

400. *Loi sur les tribunaux judiciaires*, *supra* note 300, art. 5.2.

401. *Charte de la langue française*, L.R.Q. c. C-11, art. 47.

402. J.-L. Dufour, *supra* note 197 à la p. 643.

403. Bureau international du travail, *supra* note 25 à la p. 24.



ont une compétence de principe pour connaître toutes les affaires. Comme l'énoncent Solus et Perrot, «il n'est pas nécessaire qu'une loi leur accorde expressément compétence; il suffit qu'une loi ne la leur refuse».<sup>404</sup> Seule une loi peut donc exceptionnellement contrer cette règle en accordant l'exclusivité juridictionnelle à un tribunal spécialisé du travail. Et même à l'intérieur de cette exclusivité attribuée en faveur des tribunaux du travail, il existe des conflits juridictionnels.<sup>405</sup>

Dans notre système de relations de travail, qu'il soit canadien ou québécois, l'énoncé de l'exclusivité juridictionnelle en regard des tribunaux traditionnels ne pose pas de problème en matière collective. D'abord, en matière de conflits collectifs d'intérêts, puisqu'il n'y a pas dans notre système de droit commun de règle permettant à des parties de soumettre à un tribunal de cette juridiction un conflit de cette nature. Ensuite parce que depuis longtemps les principes énoncés par la Cour suprême écartent la juridiction des tribunaux de droit commun en matière de conflits collectifs de droit. C'est le cas, comme nous l'avons souligné antérieurement, lors de conflits relatifs à l'application et l'interprétation de la convention collective. De tels conflits sont de la juridiction exclusive du tribunal d'arbitrage de grief.<sup>406</sup> Une lecture de l'article 100 du *Code du travail* nous enseigne que «Tout grief doit être soumis à l'arbitrage». Les tribunaux de droit commun ont reconnu, en regard de leurs pouvoirs et de leur compétence, l'exclusivité juridictionnelle du tribunal d'arbitrage. Ce sont donc les tribunaux de droit commun qui en ont élaboré les principes de l'exclusivité juridictionnelle du tribunal d'arbitrage, soit dans le cadre de recours parallèles déposés devant eux et devant l'arbitre de grief, soit à l'intérieur de propos tenus sur le pouvoir d'intervention des tribunaux supérieurs de droit commun lors de recours en révision judiciaire.<sup>407</sup> Ce serait porter atteinte à

---

404. H. Solus et R. Perrot, *supra* note 27 à la p. 486. *Three Rivers Boatman c. Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969] R.C.S. 607.

405. C.J. Denis et A. Landry, «Au Québec, en cas de congédiement: une multiplicité de recours», (1981) 41 R. du B. 790. L'auteur du présent article reviendra sur le sujet des conflits de compétence juridictionnelle entre les tribunaux spécialisés du travail dans un autre article actuellement en préparation.

406. *St-Anne Nackawic Pulp and Paper c. Section locale 219 du Syndicat canadien des travailleurs du papier*, [1986] 1 R.C.S. 704.

407. P. Issalys, *supra* note 352 à la p. 712 : «C'est donc à un tribunal judiciaire aux attributions multiples et relevant de plusieurs branches du droit que revient la tâche de dégager la jurisprudence fondamentale du droit administratif et d'assurer une certaine cohérence des principes de l'activité normative de l'administration».

l'économie des lois du travail que de permettre aux parties d'avoir recours aux tribunaux ordinaires puisque ce serait faire double emploi d'une juridiction à laquelle la législature n'a pas attribué ces tâches. En effet, selon «l'hypothèse du législateur»,<sup>408</sup> le tribunal d'arbitrage de grief constitue la juridiction la plus appropriée à décider des litiges découlant de l'interprétation et de l'application d'une convention collective.

Toutefois, si rien n'est déterminé dans la convention collective à propos du litige qui oppose les parties patronale et syndicale, la relativité de l'exclusivité juridictionnelle des tribunaux spécialisés du travail s'appliquera et ce sera le tribunal de droit commun qui devra trancher le débat. Donc, si le litige ne découle pas de la convention collective en ce que l'essence même du litige et les dispositions de la convention ne permettent pas d'accorder réparation, la compétence inhérente et résiduaire des tribunaux de droit commun sera reconnue.<sup>409</sup> Citant la Cour suprême, Marie-France Bich déclare que le droit civil constitue pour les rapports collectifs de travail, le substrat des législations se rapportant à ce type de relations employeur-employés :

«Affirmer la compétence unique des tribunaux spécialisés mis sur pied par les lois qui pourvoient à l'organisation des rapports collectifs de travail, à l'exclusion des tribunaux de droit commun, ne signifie pas que ce droit commun cesse d'exister ni qu'il puisse être appliqué par les tribunaux spécialisés en question. Au contraire, et la pratique le démontre à l'évidence, ces tribunaux ne cessent, implicitement ou explicitement, de référer au droit commun du travail, puisqu'aussi bien ils doivent parfois trancher des litiges au sujet desquels la convention collective ne contient aucune disposition particulière.

Il faut d'ailleurs à ce propos noter que la Cour suprême de(sic) Canada, dans l'affaire CAIMAW, se défend bien, à propos du droit commun du travail (en l'occurrence la common law), de régler la question de savoir s'il demeure le substrat des législations relatives au (sic) rapports collectifs de travail : en une petite phrase révélatrice mais largement ignorée des commentateurs, la Cour décide qu'elle n'a pas en l'espèce à répondre à

---

408. P. Verge, «Du soi-disant "contrat de travail"» [1970] 11 C. de D. 282 à la p. 285.

409. *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*, [1995] 2 R.C.S. 966; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929.

cette question. La réponse, pourtant, est évidente : le droit commun du travail est, pour employer le mot de la Cour, le substrat même des rapports collectifs de travail et demeure donc en vigueur à ce titre : pour user, et abuser, de la comparaison mendélienne, c'est le trait récessif, qui réapparaît à la faveur de la disparition occasionnelle du trait dominant, lorsque la convention collective ne se prononce pas sur un aspect particulier des rapports d'emploi.»<sup>410</sup>

L'exclusivité juridictionnelle des tribunaux spécialisés du travail par rapport aux juridictions de droit commun à laquelle nous faisons référence ne peut donc être que relative puisque le tribunal spécialisé du travail, même en matière collective, ne peut avoir nécessairement juridiction pour tout litige découlant d'une relation collective de travail. Il en est de même pour les recours individuels et ce en regard de la conception des textes de lois. Nos lois du travail sont éparpillées et elles sont adoptées le plus souvent en fonction du besoin du moment. Cette fragmentation de nos lois du travail a eu pour effet de mettre sur pied un système juridictionnel tout aussi disparate. Ainsi, la nature de l'emploi déterminera quelle loi s'appliquera. Le statut du salarié au sein de l'entreprise pourra avoir le même effet. La nature du droit exercé déterminera la loi applicable. Conséquemment, autant de lois, autant de sources de droit et donc proportionnellement autant de recours juridictionnels. Par exemple, le cadre supérieur ne peut alléguer avoir été congédié sans cause juste et suffisante en regard des dispositions de la *Loi sur les normes du travail* puisqu'il est expressément exclu de cette loi.<sup>411</sup> Conséquemment, même si le cadre supérieur effectue un travail moyennant rémunération, tout comme le salarié placé au bas de l'échelle hiérarchique, il n'a pas droit au recours juridictionnel devant le tribunal spécialisé du travail qu'est le commissaire du travail chargé de l'application de la *Loi sur les normes du travail*. Il doit s'adresser aux tribunaux de droit commun puisqu'il est régi par les règles du droit commun.

C'est donc en ce sens que l'exclusivité juridictionnelle des recours individuels devant les tribunaux spécialisés du travail est relative. S'il le recours n'est pas autorisé en vertu d'une disposition d'exception, les règles résiduelles du

---

410. M.-F. Bich, *supra* note 35 à la p. 540. D'autres parlent de «matrice» du droit civil sur lequel reposeraient les rapports juridiques entre employeur et employés : Commission consultative sur le travail et la révision du Code du travail, *supra* note 207 à la p. 132.

411. *Loi sur les normes du travail*, *supra* note 22, art. 3 (6).

droit commun entreront en application et par conséquent, les tribunaux de droit commun se verront reconnaître juridiction.

L'exclusivité juridictionnelle des tribunaux spécialisés du travail en regard de celle des tribunaux de droit commun n'est donc pas absolue à tout litige découlant d'une relation de travail. Certains cas lui échappent. Il en est ainsi du cadre supérieur congédié illégalement et qui veut être dédommagé du préjudice qu'il subit et qui voudrait réintégrer ses fonctions. Lors de l'adoption du nouveau *Code civil du Québec*, le législateur avait à ce moment une belle opportunité pour intégrer ce «salarié» à l'intérieur même des lois du travail. Profitant d'une refonte des dispositions désuètes du contrat de louage d'ouvrage, il aurait pu instaurer une section particulière en faveur du cadre supérieur dans la *Loi sur les normes* afin d'intégrer ce type de salarié au système législatif des relations du travail. Cependant on préféra garder le *statu quo* considérant que le contrat de travail érigé en vertu du droit commun constitue le fondement de toute relation d'emploi :

«Parallèlement aux règles du Code civil, il s'est développé au XX<sup>e</sup> siècle un droit particulier, mieux adapté aux besoins du domaine, Or, les lois et règlements nés de ce développement rendaient les dispositions du droit antérieur désuètes, d'où l'importance de revaloriser le régime de droit commun, qui s'applique à nombre de contrats et qui constitue le fondement de toute relation d'emploi, et d'y appliquer des principes généraux modernes qui peuvent servir de base aux dispositions particulières qui régissent certaines catégories de salariés.»<sup>412</sup>

Ainsi, tout en reconnaissant la spécificité du contrat de travail, on reconnaissait en même temps son attachement à la théorie générale des obligations.<sup>413</sup> Or cette théorie générale des obligations constitue le fondement même de l'ensemble du système de droit civil.<sup>414</sup> N'avons-nous pas pourtant indiqué au début de notre analyse que le législateur voulait s'éloigner des règles du droit civil dans la gestion juridique des relations du travail? Devons-nous donner priorité à cette approche ou simplement nous en tenir au fait que les dispositions du

---

412. Ministère de la Justice, *Commentaires du ministère de la Justice*, t. II, Québec, Publications du Québec, 1993 à la p. 1310.

413. R. Bonhomme, C. Gascon et L. Lesage, *Le contrat de travail en vertu du Code civil du Québec*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1994 à la p. 3.

414. J.-L. Baudoin, *supra* note 42 à la p. 3.

*Code civil du Québec* constituent le noyau de la législation sociale du travail en raison notamment des règles générales sur la protection de l'intégrité, sur la santé et la sécurité du salarié et sur le droit au délai de congé raisonnable. Le temps serait peut-être venu de créer un «droit commun des relations du travail» comme le législateur a créé un droit commun de la consommation.<sup>415</sup>

Mais jusqu'à quel point cela constitue-t-il un noyau de notre législation du travail puisque les dispositions de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* prévoient elles aussi de tels droits en faveur du travailleur, incluant le cadre d'une entreprise.<sup>416</sup> Le droit au certificat de travail n'est-il pas prévu lui aussi dans la *Loi sur les normes du travail*.<sup>417</sup> Il n'y a que les règles de la clause de non-concurrence qui peuvent présenter un certain caractère distinctif par rapport à toutes les autres dispositions. Mais encore là, comme il s'agit de dispositions ayant pour but de protéger toute restriction qui pourrait être imposée au salarié, ces dernières auraient très bien pu être intégrées au cadre de la *Loi sur les normes du travail*.

«L'argument appuyant l'insertion de ces dispositions dans le *Code civil du Québec* repose strictement sur le fait que le contrat de travail est d'abord et avant tout un contrat qui se doit dans un premier temps d'être défini en regard des obligations et des droits de chacune des parties, ne serait-ce que pour déterminer les règles relatives à la conclusion et à la terminaison du contrat, notamment par consentement des parties. D'autres législations, de sources étrangères, ont adopté la même tendance soit celle de garder le lien avec le droit civil tout en tenant compte des particularités de la relation d'emploi.»<sup>418</sup>

---

415. J.-G. Belley, «La théorie générale des contrats, pour sortir du dogmatisme», (1985) 26 C. de D. 1045 à la p. 1053. M.J. Mestre, «L'influence des relations de travail sur le droit commun des contrats», [1988] Droit social 405 à la p. 406.

416. *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, *supra* note 223, art. 11.

417. *Loi sur les normes du travail*, *supra* note 22, art. 84.

418. Ce fut le cas au début des années 1930 du Liban qui, par les dispositions de son *Code des contrats et obligations*, était même avant-gardiste par rapport à notre *Code civil* : Toutefois, le Code des contrats et obligations, entré en vigueur le 9 septembre 1934, qui déterminait les obligations résultant des contrats, avait consacré un chapitre spécial au «louage de services» ou contrat de travail. On y trouvait, avec la définition du contrat, des prescriptions concernant l'objet du louage, le prix, l'exécution du travail et, enfin, certaines responsabilités de l'employeur envers le salarié, notamment en cas d'accident et de résiliation du contrat. Dans ce dernier cas en particulier, il était prévu que la partie responsable d'une rupture abusive du contrat «devenait passible envers l'autre de

Les dispositions du *Code civil du Québec* constitue donc un filet de sécurité à la relation d'emploi. Elles jouent un rôle résiduaire et ce, tant en matière de relations collectives qu'individuelles. Elles permettent aux parties d'y avoir recours dans l'éventualité où les dispositions législatives d'exception ou encore la convention collective ne pourraient solutionner leur litige :

«Lorsque la loi du travail a élaboré des règles propres au contrat de travail, c'est pour que ces règles-là soient appliquées. Il en résulte logiquement une exclusion des règles du droit commun du domaine régi par des règles spécifiques.

Lorsque, au contraire, la loi du travail n'a consacré aucune règle spéciale concernant le contrat de travail, le droit civil contractuel (que l'on assimile de façon peut-être discutable au droit commun), doit, semble-t-il, être appliqué.»<sup>419</sup>

Ainsi, elles régissent le rapport continu de la relation d'emploi, tandis que les dispositions d'exception contenues dans les lois du travail visent plutôt à régir des circonstances dérogatoires aux règles de droit commun. Ainsi, dans le cadre de son emploi, le salarié se doit d'être loyal et de respecter cette obligation, non seulement lorsqu'il est au travail, mais aussi en dehors de ses heures de travail. Il se doit de plus de respecter cette obligation non seulement pendant la durée de son contrat de travail mais aussi pendant un délai raisonnable suivant son contrat de travail. Toutefois, s'il est congédié parce que son salaire est sous saisie, il s'agit d'une situation d'exception qui est occasionnelle et qui n'a rien à voir avec la

---

dommages-intérêts». Or, pour des raisons d'opportunité, la Chambre des députés dut considérer à nouveau le cas de rupture abusive du contrat. Cette modification, survenue en mai 1937, fut déterminante dans l'évolution de la législation sociale. Les articles 652 et 656 du Code des contrats et obligations, objet de cette modification, disposaient que : «Lorsque la résiliation du contrat provient de l'employeur et qu'elle n'est pas motivée par l'inobservation des clauses du contrat ou par la faute du salarié, celui-ci a droit à une indemnité égale à un mois de traitement ou de salaire par année commencée pour les cinq premières années et à un demi-mois de traitement ou de salaire par année commencée pour les années qui suivent. Toute renonciation anticipée à cette indemnité est nulle et non avenue.» Ainsi, le contrat de travail, tout en restant relié au système général des obligations civiles, présentait d'importantes particularités nouvelles qui, maintenues par la suite, allaient constituer le noyau de la sécurité sociale J. Donato, *supra* note 105 aux pp. 77-78.

419. J. Pélessier, *supra* note 92 aux pp. 388-389.

relation continue. Il s'agit d'un événement «accidentel». En ce sens, l'apport du droit civil au contrat de travail est là pour rappeler le caractère permanent des obligations et des droits de chacune des parties. De surcroît, l'apport du droit civil se fait surtout sentir lors de la conclusion et lors de l'extinction du contrat de travail tandis que son exécution est encadrée par les dispositions d'exception. La même raisonnement est tout aussi applicable, comme on vient de le voir, en matière de convention collective.<sup>420</sup>

De plus, comme le rappelle Jeammaud, nous ne devons pas oublier que nous sommes en plein champ contractuel et que le législateur doit permettre aux parties à la relation d'emploi de pouvoir stipuler contractuellement de la façon la plus libre possible et ce, «aussi bien pour créer des obligations accessoires véritablement autonomes que pour fixer les modalités ou aménager l'exécution des obligations principales liées à la qualification du contrat».<sup>421</sup> Comme nous sommes en présence d'une relation contractuelle d'emploi, il est normal que ce type de rapports soit encadré spécifiquement comme les contrats d'autres sortes. Tenant compte de sa spécificité, le législateur a donc délimité les obligations et droits de chacune des parties. Toutefois, en raison du principe de la liberté contractuelle, lequel est régi par le droit civil, il est donc tout à fait logique que l'encadrement législatif du contrat de travail se retrouve à l'intérieur du *Code civil du Québec*. Aussi, le caractère particulier de la relation personnelle liant l'employeur et le salarié exige que l'on s'assure du respect de l'obligation de loyauté et que l'on prévoit que le contrat ne puisse être conclu que pour une durée déterminée ou indéterminée. De plus, comme il s'agit d'abord et avant tout d'une relation contractuelle, il était primordial qu'il soit encadré par les dispositions générales des contrats. Les règles relatives à l'erreur ou au dol prennent naissance en raison de l'existence d'un contrat, peu importe qu'il s'agisse d'une relation de vente, de louage, de mariage ou de travail. Certaines règles contractuelles comme celle relative à l'évaluation anticipée<sup>422</sup> qui empêche l'employeur créancier d'une clause de non-concurrence d'utiliser à la fois l'injonction et le bénéfice de la clause pénale ne découlent pas de la relation particulière employeur-employé, mais découlent directement du cadre contractuel civil. Il en est de même en matière de mitigation des dommages résultant de la

---

420. F. Morin, *supra* note 174 aux pp. 25-26.

421. A. Jeammaud, *supra* note 41 à la p. 307.

422. Art. 1622 C.c.Q.

rupture fautive d'un contrat.<sup>423</sup> Ce n'est pas encore le type particulier de la relation d'emploi qui est en cause, mais bien simplement l'atteinte au cadre contractuel régissant deux parties. Il en est de même enfin, à propos des règles d'interprétation des contrats.<sup>424</sup>

Assez curieusement, d'autres situations, mis à part celle relevant de l'application des règles sur le contrat de travail du *Code civil du Québec*, sont aussi de la juridiction des tribunaux de droit commun. Si le cas du cadre supérieur est simple à comprendre étant donné qu'il n'a pas droit aux conditions minimales de travail en tant que représentant de l'employeur, il en est toutefois autrement des recours monétaires découlant de la même loi et qui doivent être institués devant les tribunaux de droit commun alors que les recours pour pratiques interdites ou pour sanctionner un congédiement fait sans cause juste et suffisante sont institués devant le tribunal spécialisé que constitue le commissaire du travail. Le droit civil constituant le substrat de la relation d'emploi, si la loi d'exception n'est pas applicable au cadre supérieur, il peut avoir recours au droit civil et par conséquent aux tribunaux de droit commun pour faire valider ses droits. Mais par exemple que penser de la réclamation monétaire découlant de la *Loi sur les normes du travail*<sup>425</sup> et juridictionnellement attribuée aux tribunaux de droit commun? Il s'agit pourtant de l'application d'une loi d'exception. Pourquoi alors avoir maintenu cette juridiction en faveur des tribunaux de droit commun et ne pas l'avoir fait pour le recours visant à sanctionner une pratique interdite ou un congédiement fait sans cause juste et suffisante? Est-ce à dire que les juges des tribunaux de droit commun sont suffisamment spécialisés pour appliquer des dispositions législatives ne nécessitant qu'un simple calcul d'heures supplémentaires ou encore pour déterminer la validité d'une réclamation pour une indemnité de présence et cela, même si ce dernier type de réclamation nécessite une certaine connaissance du milieu de travail mais pas qu'ils ne sont pas suffisamment compétents pour déterminer les critères nécessaires à l'octroi d'une ordonnance visant à sanctionner le comportement illégal

---

423. Art. 1479 C.c.Q. Le principe de la mitigation des dommages étant appliqué, tant lors d'un recours juridictionnel devant un tribunal spécialisé du travail, comme l'arbitre de grief ou le commissaire du travail que lors d'un recours sous le droit commun pour rupture illégale de contrat. Voir à cet effet, R.P. Gagnon, *supra* note 231 à la p. 234 et *Standard Radio c. Doudeau*, [1994] R.J.Q. 1782 (C.A.).

424. Art. 1425 à 1432 C.c.Q.

425. *Loi sur les normes du travail*, *supra* note 22, art. 98.



d'un employeur à l'égard d'une pratique interdite? Il serait absurde, à prime abord, de penser ainsi d'autant plus que souvent les principales dispositions législatives touchant les relations du travail ont été interprétées et appliquées en tenant compte justement des décisions prononcées par un tribunal de droit commun.<sup>426</sup> Or, la question de la protection de l'activité syndicale est elle aussi une question d'intérêt public.

Pourrait-il aussi s'agir d'une question relative à l'intérêt en cause? Nous l'avons déjà indiqué, dans un article précédent.<sup>427</sup> L'intérêt en cause devant le commissaire du travail dans le cadre d'un recours visant la sanction d'une pratique interdite ou la sanction d'un congédiement fait sans cause juste et suffisante était de nature individuelle et privée, alors que celui exercé par la Commission des normes du travail devant les tribunaux de droit commun relevait de l'intérêt public de faire respecter la loi et cela même si un seul salarié pouvait être concerné par une telle réclamation monétaire. L'intérêt public doit-il absolument être présenté et représenté devant les tribunaux de droit commun?

Bien que la détermination de l'intérêt en cause puisse avoir un certain effet ou puisse servir de moyen permettant de formuler une distinction dans la compétence juridictionnelle de certains tribunaux spécialisés du travail, la réponse légale à notre interrogation précédente est plus simple que cela tout en étant à la fois historiquement et jurisprudentiellement corrodée. C'est en effet un problème d'ordre constitutionnel qui fait en sorte que les réclamations monétaires, même celles découlant d'une loi d'exception, soient de la juridiction des tribunaux de droit commun et non pas de juridiction des tribunaux spécialisés du travail. Le principe constitutionnel à partir duquel repose notre affirmation est à l'effet que les juridictions d'exception peuvent être attribuées à de nouveaux tribunaux provinciaux en autant que ces juridictions n'étaient pas antérieurement attribuées aux tribunaux de droit commun au moment de l'entrée en vigueur de l'article 96 de la *Loi*

---

426. À titre d'exemple voir les décisions *U.E.S., local 298 c. Bibeault*; *supra* note 237, où la Cour suprême déterminait les critères d'application de l'article 45 du *Code du travail*, *supra* note 18 et *Commission ontarienne des droits de la personne c. Étobicoke (Municipalité de)*, [1982] 1 R.C.S. 202, cette dernière décision, bien qu'émanant de l'Ontario, apporta une contribution particulière à l'interprétation qu'il fallait faire des termes «aptitudes ou qualités requises pour un emploi» stipulés à l'article 20 de la *Charte des droits et libertés de la personne* en matière de discrimination dans l'emploi.

427. J.-L. Dufour, *supra* note 197.

*constitutionnelle de 1867*.<sup>428</sup> Lorsque la loi crée une nouvelle situation juridique,<sup>429</sup> la création du tribunal n'est pas inconstitutionnelle. Il en a été décidé ainsi notamment à propos du recours en réintégration et du pouvoir ancillaire en cette matière du commissaire du travail lors de plaintes déposées pour congédiement fait sans cause juste et suffisante<sup>430</sup> ou encore pour sanctionner un tel congédiement lié à des activités syndicales.<sup>431</sup> Toutefois, il en va autrement à propos des réclamations monétaires découlant de certaines lois du travail. Comme cette juridiction était déjà attribuée à d'autres tribunaux au moment de l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1867*,<sup>432</sup> l'attribuer à un tribunal spécialisé du travail irait à l'encontre de cette loi qui détermine juridictionnellement le partage des pouvoirs entre les tribunaux de droit commun et les tribunaux spécialisés du travail mis sur pied par les législatures provinciales.

En conclusion, l'exclusivité juridictionnelle des tribunaux spécialisés du travail est relative en regard de celle des tribunaux de droit commun. Celle des seconds sert de soupape, de filet social, à l'absence de pouvoirs juridictionnels des premiers.

L'intérêt en cause ne semble pas avoir d'implication directe sur la juridiction du tribunal de droit commun ou spécialisé du travail, d'autant plus que d'autres recours touchant l'intérêt public, comme par exemple la sanction d'un comportement discriminatoire, peuvent être exercés devant un tribunal spécialisé.<sup>433</sup> La seule exception au principe de la défense de l'intérêt public d'un principe de droit du travail devant les tribunaux de droit commun se caractérise uniquement lors d'un recours en révision judiciaire. L'intervention des tribunaux de droit commun est

---

428. *Loi constitutionnelle de 1867*, U. K., 1867, c. 3 dans *Loi constitutionnelle de 1982*, U.K. 1982, c. 11.

429. *Asselin c. Industries Abex*, [1985] C.A. 72.

430. *Ibid.*

431. *United Last Co. c. Tribunal du travail*, *supra* note 195. Le même principe fut appliqué pour décider de la constitutionnalité du Conseil des services essentiels : *Rassemblement des techniciens ambulanciers du Québec (C.S.N.) c. Conseil des services essentiels*, [1987] R.J.Q. 602 (C.S.) et *S.C.F.P. c. Conseil des services essentiels*, J.E. 87-555 (C.S.).

432. *Bureau d'expertise des Assureurs c. Michaud*, [1983] C.S. 945 et P. Laporte, *supra* note 340 aux pp. 204 à 213.

433. J.-L. Dufour, *supra* note 197.

alors requise afin de s'assurer que cet intérêt public est protégée et ce, par le respect intégral des règles de justice fondamentale.

Cependant, contrairement à ce que l'on pourrait croire et malgré la critique de l'adjonction des recours, la mosaïque des multiples recours visant à sanctionner la violation des droits des salariés n'engendre pas une multiplication des sources juridictionnelles. Une lecture attentive des lois touchant de près ou de loin les relations du travail nous permet de constater que la sagesse du législateur a fait en sorte que les recours soient attribués à un nombre restreint de juridictions. Et c'est peut être là que la nature de l'intérêt peut permettre d'établir une quelconque distinction, mais à l'intérieur des champs juridictionnels des tribunaux spécialisés du travail uniquement.

En effet, une constante semble se dessiner dans le cadre de l'attribution des juridictions. C'est le commissaire du travail qui aura habituellement juridiction dans les cas où seul l'intérêt individuel du salarié est en cause ou lorsque cet intérêt est à tout le moins l'intérêt prédominant. Nous précisons «habituellement» étant donné que dans certaines circonstances exceptionnelles, même lorsque l'intérêt individuel sera en cause, on permettra au salarié ou à son association d'utiliser l'expédient procédural de l'arbitrage. Lorsque seul l'intérêt collectif est en jeu, les parties seront référées à l'arbitrage. En effet remarquons que lorsque l'intérêt individuel est soulevé, c'est le commissaire du travail qui possède juridiction : plainte pour activité syndicale,<sup>434</sup> recours visant à sanctionner une pratique interdite,<sup>435</sup> demande pour faire constater un congédiement fait sans cause juste et suffisante.<sup>436</sup>

Mais là s'arrête notre hypothèse puisque lorsqu'il est question de l'intérêt public, cet intérêt pourra être défendu devant les tribunaux de droit commun lorsqu'il s'agit par exemple d'une réclamation monétaire ou devant le Tribunal du

---

434. *Code du travail*, *supra* note 18, art. 15.

435. *Loi sur les normes du travail*, *supra* note 22, art. 123 et 123.1; *Loi électorale*, *supra* note 434, art. 255; *Loi sur les élections et les référendums dans les municipalités*, *supra* note 297, art. 352; *Loi sur les élections scolaires*, *supra* note 296, art. 20; *Loi sur les jurés*, *supra* note 299, art. 47; *Loi sur les tribunaux judiciaires*, *supra* note 300, art. 5.2; *Loi sur la protection des personnes et des biens en cas de sinistre*, *supra* note 297, art. 49.

436. *Loi sur les normes du travail*, *ibid.*, art. 124.

travail lorsqu'il s'agit d'une plainte pénale. Lorsque l'intérêt public et l'intérêt individuel d'un salarié sont en cause, un autre tribunal spécialisé peu intervenir juridictionnellement.<sup>437</sup> Pour toutes ces raisons, plusieurs sont d'avis qu'il nous faudrait regrouper en un seul texte d'abord et en une seule juridiction ensuite, toutes les règles et tous les recours applicables à la relation d'emploi ou ressortissant de cette dernière et cela, sur le simple fondement de cette réalité particulière du rapport de travail. Des brillants comités gouvernementaux en sont d'ailleurs venus à cette conclusion.<sup>438</sup> De nombreux auteurs se sont aussi prononcés dans le même sens.<sup>439</sup> D'autres, de leur côté, mettent un bémol à un regroupement de toutes les dispositions affectant de près ou de loin la relation d'emploi.<sup>440</sup> Mais la plupart des souscripteurs à ce projet d'unification juridictionnelle se sont eux aussi heurtés à ce principe de droit constitutionnel précédemment élaboré. Il y a encore, malgré tout, comme le disait le juge Brière à l'époque de l'adoption de la *Loi constituant la Commission des relations du travail et modifiant diverses dispositions législatives*,

---

437. C'est le cas notamment en matière de protection contre la discrimination, où les recours sont institués devant le Tribunal des droits de la personne. Curieusement toutefois, lorsqu'il s'agit d'un recours visant à faire constater la violation à la *Loi sur l'équité salariale*, L.Q. 1996, c. 43, le recours sera institué devant le Tribunal du travail et ce, malgré le fait que cette dernière loi soulève une question relative à une situation de discrimination salariale sur le marché du travail. Voir M.-T. Chicha, *L'équité salariale – Mise en oeuvre et enjeux*, Cowansville, Yvon Blais, 1997 à la p. 88 : «La décision de référer les cas d'équité salariale au Tribunal du travail est difficile à comprendre, alors que les autres cas de discrimination sur le marché du travail sont référés à un tribunal spécialisé dans ce type de problématique, soit le Tribunal des droits de la personne. De l'avis des analystes de cette question, un Tribunal spécialisé dans ce type de causes est généralement plus efficace».

438. R. Couillard et G. Dostaler, *supra* note 3 à la p. 44.

439. A. Rousseau, «Le tribunal du travail», (1970) 25 *Relations industrielles* 302 aux pp. 307-308. Voir aussi, F. Morin, *supra* note 89 aux pp. 10-11.

440. Les conclusions du rapport de la Commission Beaudry, *supra* note 207 à la p. 131, sont à l'effet, par exemple, que vouloir intégrer dans une seule loi les dispositions relatives à l'application de la *Charte* dans la relation d'emploi et ce, à l'intérieur d'un code du travail est illusoire en raison du caractère fondamental et supérieur de la *Charte* par rapport aux autres lois. Quant à d'autres lois se rapportant à la relation d'emploi, comme la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, *supra* note 223 ou la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, *supra* note 375, il s'agit, toujours selon les propos de cette Commission, de deux lois se rapportant à un domaine en soi qui fait l'objet de réévaluation.

un gaspillage des ressources par un démantèlement inopportun et un éparpillement des compétences actuelles à droite et à gauche.<sup>441</sup>

## CONCLUSION

Les objectifs qui motivaient la rédaction de la présente analyse visaient à démontrer quels étaient les fondements juridiques, historiques et sociaux de la mise sur pied des tribunaux spécialisés du travail dans le monde.

Ainsi, une revue attentive de notre analyse nous amène à confirmer ce que nous avons souligné au début, savoir que c'est le besoin d'une adaptation législative aux nouveaux rapports de travail qui a rendu nécessaire l'adoption des différentes lois du travail. Le droit civil ne pouvant plus suffire à sa tâche de réglementer les rapports entre les individus sur la base d'une simple relation privée de même niveau qu'un contrat de vente ou de louage et cela, en considération des éléments intrinsèques de cette relation industrielle, comme la santé, la sécurité, la discrimination et l'indemnisation des blessures ou maladies professionnelles, il était devenu nécessaire, compte tenu des pressions des mouvements ouvrier et patronal, de procéder à l'adoption de nouvelles lois qui auraient à régir cette nouvelle réalité juridico-économique.

Comme l'énonce Ewald,<sup>442</sup> le droit du travail s'articule autour de deux thèmes. D'une part, par le fait que «le droit du travail viendrait combler les lacunes du droit civil individualiste et libéral, quasi-exclusivement attaché à la défense de la propriété».<sup>443</sup> D'autre part, le fait que le «droit du travail est au fond le droit des travailleurs, celui qu'ils ont réussi à conquérir par leurs luttes et leurs combats : le droit du travail serait l'effet direct des luttes ouvrières et sociales».<sup>444</sup>

Le droit du travail, pris dans son sens le plus général, est un droit de conflit, non pas entre des individus comme en droit civil mais entre des groupements, soit

---

441. M. Brière, «La réforme des tribunaux administratifs, l'unification des tribunaux judiciaires et la survie du Tribunal du travail : Un Tribunal du travail automne ou intégré à la nouvelle Cour de justice du Québec», [1988] 48 R.du B. 365 à la p. 371.

442. F. Ewald, *supra* note 42.

443. *Ibid.* à la p. 723.

444. *Ibid.*

ceux des travailleurs et ceux des employeurs. C'est aussi un droit d'inégalités entre ces mêmes groupements, les employeurs détenant le pouvoir de subordination sur les travailleurs alors qu'en droit civil les parties contractantes sont égales. De surcroît, le droit du travail est un droit fondé sur les règles et usages du milieu alors que le droit civil est fondé sur les règles de la société. Le droit du travail est donc un droit social qui vise à rétablir l'équilibre entre deux parties de force apparemment inégales en raison du rapport particulier existant entre elles lequel est lié au pouvoir de subordination auquel sont assujettis les travailleurs. Le droit du travail est enfin un droit de normes du milieu à l'intérieur desquelles les parties à la relation contractuelle de travail doivent interagir et ce, en dehors des règles habituelles du droit commun. Pour reprendre l'expression de Ewald, «le droit du travail est un droit qui met le conflit (des droits) au sein du droit».<sup>445</sup> Des conflits qui ne sont pas seulement limitatifs aux seuls conflits opposant les parties sur l'application d'une norme du droit du travail mais qui concernent aussi des conflits entre les intérêts des parties à la relation de travail.

En raison des modifications législatives apportées aux règles du droit commun, les intervenants oeuvrant dans le domaine des relations du travail constatèrent rapidement qu'afin de solutionner les conflits générés par ces nouveaux rapports contractuels, il fallait aussi instaurer un système juridictionnel qui permettrait de solutionner rapidement ces différends et cela, en considération de leurs impacts directs sur la vie du salarié et celle de la société industrielle. En conséquence, un système quasi judiciaire, parallèle au système judiciaire responsable de la sanction du droit commun, fut instauré dans la plupart des pays industrialisés. Initiés autour du principe reposant sur la sanction juridictionnelle des droits des employeurs et des salariés par des gens d'expertise, par des gens sachant conjuguer expérience spontanée et connaissance théorique, en soi des gens connaissant le milieu des relations du travail, qui pourraient ainsi inspirer confiance aux parties, on créa donc les tribunaux spécialisés du travail. Caractérisés par ce degré d'expertise, le respect de règles assurant la célérité des débats et leur accessibilité, les tribunaux du travail se virent octroyer des juridictions d'exception par rapport à la juridiction générale des tribunaux de droit commun et ce, dans le but spécifique d'atteindre les objectifs visés par l'adoption de la loi qui les créait.

---

445. *Ibid.* à la p. 728.

Malgré cette intention législative marquée par l'attribution d'une exclusivité juridictionnelle en faveur des tribunaux spécialisés du travail, les tribunaux de droit commun conservent quelques droits de regard sur l'application de certaines législations du travail et cela, pour quatre différents motifs. D'abord en raison du fait que le droit commun constitue un filet de protection sociale contractuelle entre l'employeur et ses salariés, filet composé essentiellement des règles générales applicables aux contrats civils comme l'est fondamentalement le contrat de travail et auquel s'ajoutent quelques caractéristiques d'exception propres à ce contrat. En ce sens, les tribunaux de droit commun jouissent d'une compétence résiduelle limitée dans le domaine des relations du travail.<sup>446</sup>

Deuxièmement, les tribunaux de droit commun possèdent aussi un droit de regard lorsqu'il s'agit de sanctionner les droits des travailleurs constituant des cas d'exception à l'application de certaines lois du travail. Cette application se réalise notamment pour le cadre supérieur qui ne peut bénéficier des dispositions de la *Loi sur les normes du travail*.

Troisièmement, les tribunaux de droit commun possèdent un droit de regard pour assurer le respect de l'intérêt public et de l'ordre juridique dans l'éventualité d'un excès de compétence juridictionnelle. Habituellement protégés par une clause privative assurant l'exercice de leur juridiction spécialisée en raison du fait qu'ils sont les meilleurs «juges» des mesures susceptibles d'assurer des relations de travail harmonieuses et une paix industrielle, les tribunaux du travail peuvent ainsi appliquer les lois et sanctionner les droits qui y sont reconnus tout en se sachant prémunis contre l'intervention des tribunaux de droit commun. C'est notamment la crainte que le recours aux tribunaux de droit commun puissent compromettre le processus global de règlement des différends soulevés par les parties à la relation de travail, qu'elle soit individuelle ou collective, qui a justifié l'adoption de ces dispositions protectrices de la juridiction des tribunaux spécialisés du travail. Toutefois, ce principe non-interventionniste n'élimine pas l'obligation que possède les tribunaux de droit commun, d'intervenir, dans le respect de l'intérêt public et de l'ordre juridique de voir une justice administrée équitablement, afin de contrôler la violation d'une règle de justice naturelle ou de la faire en cas d'excès de

---

446. *St-Anne Nackawic Pulp & Paper c. SCFP*, *supra* note 406.

compétence. C'est uniquement à l'intérieur de ce cadre que les tribunaux de droit commun peuvent utiliser leur droit de regard.

Ces trois considérations à la création des tribunaux spécialisés du travail reposent sur des motifs structurels découlant de l'adoption de nouvelles lois du travail occasionné par l'incapacité du droit civil à s'adapter aux nouvelles réalités industrielles du siècle dernier. Cependant, notre analyse démontre que l'exclusivité des ces tribunaux spécialisés n'est que relative, notamment en raison du fait que les lois du travail qu'ils sont chargés d'interpréter sont elles mêmes d'application relative puisque ne touchant pas la totalité des salariés, des exceptions étant régulièrement stipulées compte tenu des besoins et des objectifs du législateur.

Or, il existe un autre motif, d'un ordre juridique pur, qui consacre cette exclusivité relative des tribunaux spécialisés du travail. Il s'agit évidemment du motif d'ordre constitutionnel sur lequel nous n'avons pas vraiment abordé dans le cadre de la présente analyse. En effet, des raisons d'ordre constitutionnel forcent plus particulièrement le salarié à avoir recours aux tribunaux de droit commun pour faire sanctionner un droit lui résultant d'une loi du travail. Bien que l'intention qui justifie la mise sur pied des tribunaux spécialisés du travail est de leur confier de façon exclusive les pouvoirs juridictionnels pour sanctionner les droits découlant de l'application des lois du travail, cette intention se heurte, en raison de la nature du droit à sanctionner, à des principes constitutionnels sur les pouvoirs attribués aux tribunaux de droit commun que seul un amendement constitutionnel permettrait d'écarter afin de réaliser pleinement l'atteinte de l'objectif que s'était initialement donné le législateur. C'est, par exemple, ce qui serait nécessaire pour que le Tribunal du travail puisse entendre des réclamations monétaires découlant de l'application de la *Loi sur les normes du travail* au lieu et place de la Cour du Québec ou de la Cour supérieure. Le même principe est tout aussi applicable lorsque le syndicat veut utiliser le recours en injonction pour faire sanctionner le non respect d'une disposition d'ordre public d'une loi du travail comme c'est par exemple le cas pour assurer le respect des dispositions anti-briseurs de grève prévues au *Code du travail*.<sup>447</sup> Il en est de même pour l'employeur lorsqu'il doit utiliser le même recours pour faire respecter son droit de propriété lors d'un conflit collectif de travail caractérisé par une grève et du piquetage. Bien que la question en litige

---

447. *Code du travail*, *supra* note 18, art. 109.1.



relève d'une violation du *Code du travail* dans le cas du syndicat ou constitue une violation du droit de propriété de l'employeur protégé par les dispositions de droit commun, ces deux types de conflits, qui découlent pourtant d'une relation de travail, doivent être sanctionnés par le tribunal de droit commun et cela, tout simplement parce que des motifs d'ordre constitutionnel attribuent à la Cour supérieure le pouvoir juridictionnel de rendre l'ordonnance appropriée afin d'accorder le redressement recherché qui est d'assurer le respect d'un droit. Curieuse de solution, compte tenu du fait que malgré que les deux droits en cause proviennent de lois de nature différente, le litige opposant les parties employeur et salariés découle du même relation du travail.

Enfin, bien que notre analyse ait déterminé les raisons justifiant la création des tribunaux spécialisés du travail et qu'elle ait pu aussi identifier les caractéristiques et les distinctions de l'application des règles du droit du travail par rapport à celles du droit commun et de la sanction de ces différents droits par les divers tribunaux spécialisés ou judiciaires, elle n'a pas traité véritablement des conflits juridictionnels qui existent entre les tribunaux de droit commun et ceux spécialisés du travail ainsi que des conflits juridictionnels qui existent à l'intérieur même des différents champs de compétence octroyés aux tribunaux spécialisés du travail. En effet, si des conflits existent entre certains tribunaux du travail et les tribunaux de droit commun, il en existe aussi entre les diverses juridictions spécialisées du travail, notamment lorsque la loi permet des recours alternatifs ou simultanés et qu'il nous faut préalablement décider de la priorité juridictionnelle à accorder à tel ou tel tribunal dans la sanction du droit réclamé. De plus, comme nous l'avons précédemment souligné, nous ne nous sommes pas attardés en profondeur aux motifs constitutionnels justifiant certains partages de juridiction entre les tribunaux spécialisés et les tribunaux de droit commun. Une prochaine analyse de ces questions nous permettra de déterminer quels sont les paramètres juridiques utiles à la résolution de ces questions juridictionnelles.

Notre analyse soulève aussi une autre question fondamentale: la situation juridictionnelle actuelle des tribunaux spécialisés du travail, en regard de celle des tribunaux de droit commun, correspond-elle aux attentes qu'avaient le législateur au moment de la mise sur pied de ces tribunaux spécialisés? Le législateur a-t-il en effet atteint les objectifs qu'il s'était imposé de vouloir confier à ces tribunaux, une juridiction particulière au domaine des relations du travail? La pluralité de ces

(1999) 30 R.D.U.S.

*Synergie des fondements historiques  
internationaux et nationaux  
de l'instauration des tribunaux du travail*

155

juridictions spécialisées porte-t-elle atteinte à ces objectifs initiaux? Nous viendrons résoudre ces quelques interrogations dans le cadre de recherches ultérieures.

**RDUS**

**Revue de DROIT**  
**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** LE DÉSÉQUILIBRE DES FORCES ENTRE LA DÉFENSE ET LA POURSUITE  
EN MATIÈRE DE RESSOURCES SCIENTIFIQUES

**Auteur(s) :** Robert POIRIER

**Revue :** RDUS, 1999-2000, volume 30, numéro 1

**Pages :** 157-181

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/12355>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/12355>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## LE DÉSÉQUILIBRE DES FORCES ENTRE LA DÉFENSE ET LA POURSUITE EN MATIÈRE DE RESSOURCES SCIENTIFIQUES

par Robert POIRIER\*

*Dans cet article, l'auteur analyse les relations qui s'effectuent entre les sciences judiciaires et le système de justice criminelle. Il présente des données empiriques tirées d'une recherche portant sur les témoins experts. Le principal résultat de cette recherche montre que les témoins experts ont huit fois plus de chances de se retrouver du côté de la poursuite que du côté de la défense. Les implications de ce résultat sont commentées dans la conclusion.*

---

*In this paper, the writer examines the relationship between the forensic sciences and the criminal justice system. He presents empirical data from research on expert witnesses. The main result of this research indicates that expert witnesses are eight times more likely to act on behalf of the Crown than for the defence. The implications of this finding are discussed in the conclusion.*

---

\*. L'auteur présente ici des résultats de recherche tirés de sa thèse de doctorat qui a été soutenue à l'École de criminologie de l'Université de Montréal le 27 février 1998 et qui a pour titre : *Expertise scientifique et justice pénale : une étude socio-criminologique sur le fonctionnement des tribunaux*. L'auteur voudrait profiter de l'occasion pour remercier ici son directeur de thèse, Monsieur Jean-Paul Brodeur, professeur titulaire à l'École de criminologie. Bien entendu, les analyses présentées dans ce texte n'engagent que son auteur.

## SOMMAIRE

<b>Introduction</b>	159
<b>1. La nature des données</b>	160
<b>2. La présentation des données</b>	161
2.1 Quelques notes préliminaires	161
2.2 La répartition des expertises en fonction de la nature de l'infraction	163
2.3 La répartition des expertises en fonction des disciplines scientifiques	167
2.4 Quand l'expertise n'est demandée par aucune des deux parties	169
2.5 Quand l'expertise est demandée par la poursuite	171
2.6 Quand l'expertise est demandée par la défense	172
2.7 La contre-expertise	173
<b>Conclusion</b>	178

## Introduction

Dans un système de justice de type accusatoire ou contradictoire, il revient aux avocats de présenter devant le juge les preuves qui serviront à inculper ou à disculper l'accusé. En d'autres termes, «le système accusatoire laisse aux parties l'initiative de la preuve.»<sup>1</sup> Dans un tel contexte, cependant, il y a lieu de s'interroger sur les ressources qui sont à la disposition de chacune des parties, sur la façon dont elles les utilisent, ainsi que sur la nature du rapport de force qui s'établit alors entre elles. Dans ce texte, nous analyserons cette question en rapport avec l'utilisation des ressources scientifiques (expertises).

Nous présentons ici les résultats d'une recherche empirique portant sur les interactions qui s'effectuent de façon régulière entre la science et la justice pénale.<sup>2</sup> Plus précisément, nous allons décrire et analyser de quelle façon certains tribunaux de première instance intègrent, ou n'intègrent pas, les expertises scientifiques dans le déroulement des procédures. Nous allons être particulièrement attentifs aux différences qu'il peut y avoir entre les expertises qui sont présentées du côté de la poursuite par rapport aux expertises qui sont présentées du côté de la défense. Nous prendrons en considération des éléments d'ordres quantitatif (statistiques) et qualitatif (entrevues avec des experts).

---

1. J. Fortin, *Preuve pénale*, Thémis, Montréal, 1984, à la p. 176.

2. Cette étude s'inscrit dans la perspective des études socio-juridiques, ou socio-criminologiques, sur le fonctionnement des tribunaux. On pourrait également parler de sociologie du droit pénal. En fait, il s'agit d'un champ de recherche qui produit des études empiriques sur le fonctionnement du système de justice (description de certaines pratiques), tout en gardant une certaine distance par rapport au discours juridique formellement établi (règles à suivre). Pour une présentation de ce champ de recherche, on pourra consulter, entre autres, les travaux suivants : P. Robert, *Le procès criminel : éléments d'une approche socio-juridique de la procédure pénale*, Mémoire de maîtrise présenté à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, 1984 [non publié]; P. Robert, «La Cour et le procès : réflexions sur la recherche empirique en droit pénal canadien» dans D. Szabo et M. Leblanc dir., *La criminologie empirique au Québec : phénomènes criminels et justice pénale*, Presses de l'Université de Montréal, Montréal, 1985, aux pp. 312 à 322; J.-G. Belley, «L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique» (1986) 18-1 *Sociologie et sociétés* 11-32.

## **1. La nature des données**

Les données statistiques qui sont présentées et analysées ici proviennent de la consultation que nous avons faite d'un grand nombre de dossiers déposés à la Chambre criminelle de la Cour du Québec à Montréal. En fait, nous avons consulté 10 % de tous les dossiers, déposés à tous les cinq ans, entre 1960 et 1990. Dans le but d'avoir un échantillon assez homogène, nous nous sommes limités aux infractions au Code criminel. En tout, nous avons consulté à peu près 10 000 dossiers. Environ 24 % d'entre eux ont été facilement exclus pour diverses raisons : infractions qui ne relèvent pas du Code criminel, dossiers incomplets, pardons (dossiers non disponibles), etc.

Notons que nous n'avons pas consulté les dossiers dans lesquels nous retrouvons des infractions en matière de drogue. Ces infractions ne font pas partie du Code criminel en tant que tel, mais plutôt d'une loi connexe. La consultation de ces dossiers aurait modifié l'homogénéité de notre échantillon. De plus, étant donné que toute infraction en matière de drogue nécessite une expertise (un certificat d'analyse) qui sert à authentifier le caractère illicite du produit, le degré de variation des données (dossiers avec expertise(s) vs dossiers sans expertise(s)) aurait été peu significatif.

Voici le nombre de dossiers que nous avons finalement retenus pour chacune des années consultées : 1960 : 548, 1965 : 787, 1970 : 885, 1975 : 1 264, 1980 : 1 082, 1985 : 1 335, 1990 : 1 656. (Total du nombre de dossiers retenus : 7 557) Rappelons que notre étude porte sur la région de Montréal.

Nous avons également recueilli des données qualitatives sur lesquelles nous voudrions dire quelques mots. Ces données proviennent d'entrevues que nous avons effectuées avec vingt experts qui témoignent régulièrement devant les tribunaux. Certains de ces experts sont au service de l'État; d'autres travaillent dans le secteur privé. Voici la liste des principaux secteurs dans lesquels travaillent les experts que nous avons rencontrés : écriture et documents, biologie, alcool et toxicologie, incendie, chimie judiciaire, scène de crimes, pathologie, psychiatrie.



Chaque entrevue a été enregistrée sur bande magnétique et transcrite intégralement. Dans ce texte, les données qualitatives servent surtout à confirmer et/ou à nuancer les tendances statistiques produites à partir des dossiers de la Cour.

## **2. La présentation des données**

### **2.1 Quelques notes préliminaires**

Avant de présenter nos données statistiques sur la répartition des expertises entre la défense et la poursuite, nous voudrions faire quatre remarques préliminaires.

i) Il faut noter que nous avons tenu compte de tous les types d'expertises que nous avons pu repérer dans les dossiers de la Cour. Nous avons donc des expertises pour chacune des principales étapes de la procédure pénale : enquête préliminaire, procès, sentence, etc. Ces distinctions seront prises en considération dans la présentation et l'analyse des données. Nous tiendrons compte également de certaines procédures particulières qui concernent uniquement les expertises psychiatriques comme l'aptitude à subir un procès et la défense de non responsabilité.

ii) Dans notre étude, nous avons défini et analysé l'expertise scientifique en tenant compte, d'abord et avant tout, des fonctions que l'expertise remplit dans le contexte où elle est employée. Cette approche nous a permis de neutraliser le problème de la variété des expertises. Dans le contexte de notre système de justice, on ne peut pas, a priori, faire la liste de tous les types d'expertises possibles.<sup>3</sup> Par contre, le nombre de fonctions (révélées ou cachées) que les expertises peuvent remplir est, quant à lui, relativement limité. Il est possible de tenir compte de n'importe quel type d'expertise dans la mesure où ce qui est important est moins l'expertise elle-même que la manière dont les membres du

---

3. Ce problème a souvent été soulevé dans la littérature juridique canadienne. En voici deux exemples : «It is not possible to categorise the areas of scientific expertise» (A.W. Mewett, *Witnesses*, Carswell, Scarborough (Ontario), 1991, p. 10-8) et «It is impossible to delineate the full range of topics about which only experts may testify» (J. Sopinka, S.N. Lederman et A.W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, Butterworths, Toronto, 1992, à la p. 534).

tribunal l'utilisent et les objectifs qu'ils poursuivent à travers cette utilisation. Ainsi, l'une des distinctions importantes que nous avons établie consiste à faire la différence entre les expertises qui servent à mieux comprendre ce qui s'est passé au niveau de l'infraction (chimie judiciaire, scène de crime, test sanguin, etc.) et celles qui servent à mieux comprendre l'infracteur lui-même (expertises psychologiques ou psychiatriques).

iii) Nous voudrions maintenant apporter une précision d'ordre méthodologique. En consultant les dossiers de la Cour du Québec à Montréal, nous avons constaté que dans plusieurs dossiers, il n'était pas indiqué dans le procès verbal pour quelle partie l'expert avait témoigné. Dans la présentation des données, il a donc fallu prévoir une catégorie particulière, intitulée «aucune partie», afin de tenir compte de cette situation. Nous anticipons un peu sur nos résultats afin de fournir dès maintenant certaines explications sur la signification de cette catégorie.

Au tout début, nous avons pensé qu'il s'agissait d'un problème au niveau de la transcription des procès-verbaux. Nous avons pensé qu'il pouvait tout simplement arriver que l'on oublie d'indiquer pour quelle partie l'expert avait été appelé. Cependant, en examinant les données d'un peu plus près, nous avons constaté que ce phénomène s'appliquait presque uniquement aux expertises psychiatriques. Nous avons alors été en mesure de mieux comprendre la signification de ces données. Dans le domaine de la psychiatrie, contrairement aux autres catégories d'expert, les demandes d'expertise peuvent provenir de plusieurs sources différentes. Il arrive, par exemple, qu'un psychiatre soit sollicité par un agent de probation à qui le juge a demandé de produire un rapport pré-sentenciel. En faisant son rapport, l'agent peut considérer qu'il serait important pour lui d'avoir le point de vue d'un psychiatre. Dans un tel cas, la demande d'expertise n'a été faite ni par la défense ni par la poursuite, ce qui n'empêchera pas le psychiatre de soumettre son rapport ou même d'aller témoigner devant la Cour.

Par ailleurs, à toutes les étapes de la procédure pénale, et de façon assez régulière, il arrive que le juge fasse lui-même une demande d'expertise psychiatrique. Cela peut arriver parce que l'accusé a des antécédents psychiatriques ou parce que les gestes qu'il a commis paraissent tout à fait

irrationnels. Il peut aussi arriver que tous les agents du tribunal, c'est-à-dire les policiers, les deux avocats et le juge, discutent entre eux de la santé mentale de l'accusé et s'accordent pour lui faire subir un examen. Nous reviendrons sur ces différents aspects un peu plus loin. Pour l'instant, il était surtout important de préciser la signification de cette catégorie un peu particulière et de montrer qu'il ne s'agissait pas d'une anomalie au niveau de la qualité des données, mais plutôt d'une illustration de la manière dont les expertises psychiatriques sont parfois sollicitées.

iv) La répartition statistique des expertises entre la défense et la poursuite nous est apparue d'autant plus importante à réaliser qu'il n'existe pas, au Canada, de statistiques officielles qui portent sur cette question.<sup>4</sup> La seule étude statistique qui est encore très souvent citée dans les travaux qui abordent cette problématique est celle de Kalven et Zeisel.<sup>5</sup> Ces auteurs ont montré que la poursuite avait recours à des expertises scientifiques dans une proportion qui était quatre fois supérieure à celle de la défense.<sup>6</sup> Il faut cependant souligner que cette étude a été réalisée aux États-Unis et que la cueillette des données s'est déroulée vers la fin des années 60 seulement.

## **2.2 La répartition des expertises en fonction de la nature de l'infraction**

Pour commencer, nous avons réparti les expertises de la défense et de la poursuite, et celles qui n'ont été présentées par aucune des deux parties, en fonction des infractions (voir le tableau 1 un peu plus loin). À l'aide du tableau 1, nous constatons que la poursuite a recours à des expertises scientifiques dans une proportion qui est environ 8 fois supérieure à celle de la défense. Il faut cependant remarquer que la catégorie ivresse au volant occupe une place très importante dans ce résultat. Cela s'explique par le fait que l'infraction relative à l'alcootest est une infraction à caractère scientifique, c'est-à-dire qu'elle nécessite l'utilisation de la technologie. Dans la grande majorité des cas, la présentation de ce type d'expertise devant le tribunal ne se résume qu'au dépôt

---

4. La raison tient probablement au fait que ce type de données n'est pas informatisé et qu'il faut alors examiner les dossiers un par un.

5. H. Kalven et H. Zeisel, «The Anatomy of the Evidence», dans J. Paterson dir., *Forensic Science. Scientific Investigation in Criminal Justice*, AMS Press, New York, 1975.

6. *Ibid.* à la p. 322.

du certificat d'analyse qui démontre que l'accusé a bel et bien dépassé la limite permise. Si on retire ce type de causes de nos données, la poursuite a alors recours à des expertises dans une proportion qui est 4 fois supérieure à celle de la défense.<sup>7</sup>

La catégorie *ivresse au volant* représente également /une catégorie importante pour la défense. Il faut dire que la contestation des causes en matière de capacités affaiblies a connu une forte croissance depuis que les lois sont devenues plus sévères dans ce domaine, c'est-à-dire depuis 1985. Notons d'ailleurs que la grande majorité de ces dossiers (9/10) ont été retracés en 1990.<sup>8</sup> On peut aussi remarquer que la défense a souvent recours à des expertises en matière d'agressions sexuelles. Les expertises qui sont demandées sous cette catégorie sont surtout de nature psychiatrique.

Notons qu'il peut paraître étonnant que des catégories d'infraction aussi importantes que le meurtre et l'homicide involontaire ne suscitent pas un taux d'expertises plus grand du côté de la défense. Les enjeux du procès et de la sentence ne semblent donc pas constituer des facteurs incitatifs pour la défense en cette matière. Il faut cependant préciser qu'il n'est pas toujours facile pour la défense d'avoir accès à des experts indépendants et compétents. Comme le soulignait dans un article récent le professeur Pierre Patenaude,<sup>9</sup> il y a lieu de prendre en considération les coûts financiers qu'implique ce genre de démarche. En d'autres termes, les accusés qui doivent assumer eux-mêmes les dépenses relatives à leurs défenses n'ont pas toujours les moyens de payer les frais assez élevés d'une expertise. Les experts que nous avons interrogés pour les fins de notre recherche ont d'ailleurs confirmé cet aspect (ceux qui travaillent dans le secteur privé). Selon eux, le facteur économique a aussi pour conséquence de

---

7. Il est à noter que ce résultat de 4 pour 1 en faveur de la poursuite est exactement le même que celui qui avait été obtenu par Kalven et Zeisel, *supra* note 5.

8. Nos données et nos analyses relatives à la manière dont le phénomène a évolué entre 1960 et 1990 ont été présentées dans un texte qui a été publié dans la *Revue canadienne de criminologie* et qui a pour titre : «Le recours aux expertises scientifiques dans les cours de justice pénale : évolution du phénomène à Montréal (1960-1990)», vol. 42, no. 1 aux pp. 61-76.

9. P. Patenaude, «De l'expertise judiciaire dans le cadre du procès criminel et de la recherche de la vérité : quelques réflexions» (1996-97) 27 R.D.U.S. 1, aux pp. 16 à 19.

faire en sorte que les expertises sont moins élaborées qu'elles pourraient l'être. Voici quelques illustrations de leurs propos :

«Les causes sont souvent faites vite parce qu'il ne faut pas que ça coûte trop cher. Quand c'est bien organisé, c'est plus sûr, mais à ce moment-là, il faut que le client paie aussi. C'est évident qu'il y a un problème économique.»<sup>10</sup> (Interviewé no. 12).

«Moi, je fais des rapports verbaux sur des observations préliminaires, un peu pour orienter le dossier. Dans ce temps-là, je facture moins d'heures, ça coûte moins cher au client.» (Interviewé no. 10).

«L'avocat de la défense m'avait dit, *compte tenu des coûts que ça peut représenter, laisse tomber l'expérience en laboratoire, témoigne en théorie seulement.*» (Interviewé no. 18).

Pour bien comprendre les difficultés de la défense en cette matière, il y a lieu de prendre en considération non seulement le facteur économique, mais également le facteur politique. L'État, en tant qu'administrateur du système de justice, pourrait favoriser une plus grande accessibilité aux ressources scientifiques qu'il le fait actuellement. Les experts qui travaillent pour l'État nous ont d'ailleurs signalé que les services d'expertises judiciaires avaient déjà été beaucoup plus accessibles qu'ils le sont aujourd'hui.<sup>11</sup> Il convient également de rappeler que l'expertise judiciaire correspond souvent à un travail scientifique hautement spécialisé, et qu'il est parfois difficile de trouver un expert qui n'est pas engagé dans un laboratoire dirigé par la police ou par l'État.<sup>12</sup>

---

10. Les propos des interviewés sont entre guillemets (« »); les crochets ([ ]) sont réservés aux précisions que nous apportons parfois à leurs propos. L'italique est utilisé lorsque les experts se citent eux-mêmes, lorsqu'ils citent une autre personne, ou lorsqu'ils utilisent des termes anglais. Notons également que pour les fins de la publication, les propos des interviewés ont été légèrement adaptés au langage écrit, mais sans jamais en trahir le sens.

11. Au Québec, à l'heure actuelle, et depuis la fin des années 80, les laboratoires d'expertises judiciaires servent presque uniquement aux enquêtes policières. Ils sont tous regroupés sous une même organisation qui s'appelle la *Direction des expertises judiciaires*.

12. Il peut être intéressant de faire état ici de l'expérience ontarienne. En Ontario, les avocats de la défense peuvent s'adresser aux services d'expertises judiciaires sans aucun frais. Cependant, les avocats de la défense qui font une telle demande s'engagent à accepter que le résultat de cette expertise soit transmis à l'avocat de la Couronne. Selon les experts qui ont eu connaissance de cette mesure, cela a pour effet de garder le nombre de demandes

**Tableau 1 - Répartition des expertises en fonction du type d'infraction**

Infraction <sup>13</sup>	Défense	Poursuite	Aucune partie	Total
Vol; introd.	19 (17 %)	58 (51 %)	37 (32 %)	114
Meurtre; homicide involontaire	13 (13 %)	67 (69 %)	17 (18 %)	97
Agression sexuelle	12 (39 %)	7 (22 %)	12 (39 %)	31
Voies de fait; menace	5 (9 %)	24 (43 %)	27 (48 %)	56
Fraude; supercherie	4 (9 %)	30 (68 %)	10 (23 %)	44
Ivresse au volant	10 (2 %)	405 (98 %)	0	415
Incendie	3 (15 %)	8 (40 %)	9 (45 %)	20
Délits mineurs <sup>14</sup>	5 (13 %)	16 (42 %)	17 (45 %)	38
Total	71 (9 %)	615 (75 %)	129 (16 %)	815

d'expertises provenant de la défense dans des limites raisonnables. Pour plus de détails sur l'ensemble de cette question, voir le chapitre huit de notre thèse qui porte sur la question de la partialité, *supra* note 1 aux pages 383 à 459; voir également l'article de Pierre Patenaude, *supra* note 9, qui propose des aménagements intéressants au niveau de la procédure.

13. Dans cette section, nous avons inclus les tentatives et les complots avec les infractions régulières. Par exemple, les «tentatives de vol» ont été comptées avec les «vols». Lorsqu'il y avait plusieurs infractions dans un même dossier, nous choissions l'infraction la plus importante ou celle qui semblait la mieux caractériser l'événement délictueux.
14. La catégorie *des délits mineurs* regroupe les infractions suivantes : tapage, vagabondage, fausse alerte, fausse déclaration à la police, méfait, bris de condition, port d'arme, refus de pourvoir, avortement, tentative de suicide, aide à l'évasion.

### **2.3 La répartition des expertises en fonction des disciplines scientifiques**

Nous examinons ici la répartition des expertises entre la défense et la poursuite en fonction des disciplines scientifiques.

Les résultats présentés dans le tableau 2 montrent que les avocats de la défense présentent surtout des expertises psychiatriques. Ils présentent également quelques expertises en psychologie et en sciences humaines ainsi qu'en matière d'alcoolémie et d'alcootest. Quelques expertises sont aussi présentées dans le domaine de la médecine et de la biologie. Les avocats de la poursuite, quant à eux, présentent un grand nombre d'expertises en matière d'alcoolémie et d'alcootest. En fait, ils en présentent dans toutes les catégories. Ils sont même les seuls qui en présentent dans certaines catégories telles que la balistique, la chimie, l'identité judiciaire, la contrefaçon, l'écriture et la comptabilité.<sup>15</sup>

Il ressort clairement de ces données que la poursuite présente surtout des expertises qui portent sur l'infraction alors que la défense présente surtout des expertises qui portent sur l'infracteur. Les expertises qui proviennent d'un demandeur neutre portent surtout sur l'infracteur. Il ressort également que les expertises qui portent sur l'infracteur sont surtout de nature psychiatrique

Pour mieux comprendre ces résultats, nous avons réparti les expertises de la défense et de la poursuite, et celles qui n'ont été présentées par aucune des parties, en fonction de la procédure.

---

15. Évidemment, cela ne veut pas dire que la défense ne présente jamais d'expertises dans ces domaines. Ces données doivent être interprétées en rapport avec les échantillons que nous avons recueillis.

**Tableau 2 - Répartition des expertises en fonction des parties  
et en fonction des disciplines scientifiques**

Type d'expertise	Défense	Poursuite	Aucune partie	Total
Psychiatrie	48 (24 %)	47 (23 %)	109 (53 %)	204
Alcoolémie; alcootest	9 (2 %)	405 (98 %)	0	414
Médecine; biologie	4 (7 %)	61 (85 %)	6 (8 %)	71
Psychologie; sc. humaines	6 (30 %)	0	14 (70 %)	20
Balistique; chimie	1 (3 %)	37 (97 %)	0	38
Identité judiciaire	0	24 (100 %)	0	24
Contrefaçon; écriture	1 (4 %)	27 (96 %)	0	28
Comptabilité	0	5 (100 %)	0	5
Incendie	0	4 (100 %)	0	4
Autres <sup>16</sup>	2 (17 %)	5 (83 %)	0	6
Total	71 (9 %)	615 (75 %)	129 (16 %)	815

16. La catégorie *autres* comprend, du côté de la poursuite, les expertises suivantes : une expertise pour déterminer la qualité en or d'un certain objet (essayeur); une expertise concernant l'élevage des chinchillas effectuée par un agronome; une expertise sur la classification du bois; deux expertises sur l'évaluation des monnaies anciennes. Du côté de la défense, nous avons une expertise sur le polygraphe et une expertise inconnue (aucune information sur le type d'expertise dans le dossier).



## 2.4 Quand l'expertise n'est demandée par aucune des deux parties

Le tableau 2 a montré que les expertises présentées par aucune des deux parties étaient surtout des expertises psychiatriques. Nous retrouvons quelques expertises dans deux autres catégories seulement : médecine et biologie, psychologie et sciences humaines. Le tableau 3 présente la répartition de ces expertises en fonction de la procédure.

**Tableau 3 - Répartition des expertises qui n'ont été présentées par aucune des parties en fonction de la procédure**

Procédure	Nombre	Pourcentage
Aptitude à subir son procès	68	54 %
Sentence	52	40 %
Enquête sur cautionnement	2	2 %
Responsabilité <sup>17</sup>	2	2 %
Procès	2	2 %
Total <sup>18</sup>	126	100 %

Le tableau 3 montre qu'un peu plus de la moitié des expertises présentées par aucune des deux parties sont en fait des expertises effectuées pour déterminer si l'accusé est apte à subir son procès (54 %). Ce type d'expertise s'applique à des personnes qui ont déjà des antécédents psychiatriques ou qui ont commis des infractions qui n'ont aucune rationalité apparente. Très souvent, dans de tels cas, tout le monde s'entend pour faire subir un examen à l'accusé.

---

17. On comprendra que les données qui font partie de cette catégorie n'ont pas été comptées dans la catégorie *procès*.

18. Nous avons retiré ici trois expertises pour lesquelles la procédure n'était pas précisée.

Selon certains psychiatres que nous avons interrogés, il existe effectivement une clientèle de malades psychiatriques qui se font régulièrement arrêter par la police et qui viennent à la Cour de façon répétitive. Lorsqu'une de ces personnes arrive à la Cour, tout le monde s'accorde pour dire qu'il faut lui faire subir un examen psychiatrique. La demande d'expertise ne vient pas alors d'un acteur en particulier. Selon les psychiatres, ce type de clientèle existe dans tous les grands centres urbains. Voici le commentaire d'un des psychiatres que nous avons interrogés à ce sujet :

«Il y a une clientèle de malades psychiatriques qu'on appelle les *repeaters*. Ce sont des gens qui viennent à la Cour de façon répétitive et qui ont une déviance acquisitive ou utilitaire et qui se servent de leur déviance pour se sortir du pétrin, en attendant le chèque du bien-être social qui retarde ou pendant l'hiver. Quand ce type de personne se présente à la Cour, il y a un accord commun pour demander une expertise psychiatrique.» (Interviewé no. 20).

Le tableau 3 indique que 40 % des expertises qui n'ont été demandées ni par la défense ni par la poursuite ont été utilisées à l'étape de la sentence. Dans la grande majorité des cas, ces expertises ont été sollicitées par un agent du service de probation à qui le juge a demandé un rapport pré-sentenciel. Il peut aussi arriver que le juge demande à l'agent de consulter un psychiatre avant de faire son rapport. Les psychiatres que nous avons rencontrés ont confirmé que le service de probation était pour eux un important demandeur d'expertise.<sup>19</sup>

Les demandes d'expertise peuvent aussi être faites par le juge. Les psychiatres nous ont confirmé qu'il arrivait parfois que le juge demande lui-même une expertise. Cette expertise peut porter sur l'une ou l'autre des procédures à partir de laquelle la santé mentale d'un accusé est mise en cause.

D'un point de vue stratégique, les expertises qui ne sont demandées par aucune des deux parties défavorisent la défense, en particulier s'il s'agit d'une expertise qui porte sur la question de la responsabilité. Dans de tels cas, la défense est placée dans une situation de faiblesse étant donné que les

---

19. Un chapitre complet de notre thèse porte sur ce type d'expertise, *supra* note 1 aux pp. 326 à 382.

informations qui seront alors recueillies sur l'accusé seront rapportées à tous les membres de la Cour et non à elle seule. L'un des psychiatres que nous avons rencontrés partage ce point de vue :

«Actuellement, il arrive que le juge demande deux expertises en même temps, une qui porte sur l'aptitude et l'autre sur la responsabilité. Cependant, quand une telle situation se produit, c'est que l'avocat de la défense est plutôt malhabile ou naïf, car si l'avocat met son client entre les mains d'un expert et que cet expert remet son rapport à tout le monde, l'avocat se prive lui-même d'une carte, d'un as, qui pourrait être fort utile.» (Interviewé no. 20).

Cet énoncé montre que les informations qui sont consignées dans un rapport d'expertise psychiatrique peuvent avoir une influence déterminante sur la manière dont la cause sera résolue. Par conséquent, il est toujours préférable pour l'avocat de la défense de pouvoir décider de la manière dont ces informations seront utilisées.

## **2.5 Quand l'expertise est demandée par la poursuite**

Nous analysons ici la répartition des expertises du côté de la poursuite en fonction de la procédure.

Le tableau 4 montre que les expertises présentées par la poursuite servent surtout à l'étape du procès. Il faut alors comprendre que le résultat de l'expertise constitue un élément de la preuve présentée contre l'accusé. Ces données confirment que les expertises qui sont présentées par la poursuite portent beaucoup plus sur l'infraction que sur l'infracteur.

Il faut aussi remarquer le faible nombre d'expertises que la poursuite demande au niveau de la sentence. Comme nous le verrons un peu plus loin, tout porte à penser que le recours à la science à l'étape de la sentence est une procédure qui est laissée à la discrétion de la défense.

Nous voudrions rappeler ici qu'une grande partie des expertises qui sont présentées à l'étape du procès sont en fait des certificats d'analyse produits par les policiers en matière d'alcootest. Dans la plupart de ces causes, il n'y a pas

de procès en tant que tel. Très souvent, l'accusé plaide coupable et reçoit tout de suite sa sentence.

**Tableau 4 - Répartition des expertises présentées  
du côté de la poursuite en fonction de la procédure**

Procédure	Nombre	Pourcentage
Procès	503	82 %
Enquête préliminaire <sup>20</sup>	61	10 %
Aptitude à subir son procès	39	6 %
Sentence	7	1 %
Enquête sur cautionnement	3	0,5 %
Responsabilité	2	0,3 %
Total	615	100 %

## 2.6 Quand l'expertise est demandée par la défense

Nous présentons ici la répartition des expertises présentées du côté de la défense en fonction de la procédure.

Le tableau 5 montre que la défense utilise près de la moitié de ses expertises à l'étape de la sentence (49 %). Cela laisserait entendre que les avocats de la défense ont surtout recours à des expertises scientifiques pour tenter de contourner l'imposition de mesures punitives.

---

20. Lorsque la même expertise était présentée à l'enquête préliminaire et au procès, nous n'avons compté qu'une seule expertise pour le procès.

**Tableau 5 - Répartition des expertises présentées  
du côté de la défense en fonction de la procédure**

Procédure	Nombre	Pourcentage
Sentence	33	49 %
Procès	17	25 %
Responsabilité	13	19 %
Aptitude à subir son procès	4	6 %
Enquête sur cautionnement	1	1 %
Total <sup>21</sup>	68	100 %

Pour ce qui est de la responsabilité (défense d'aliénation mentale), les expertises que nous avons repérées étaient réparties dans 6 dossiers différents. La poursuite a présenté une contre-expertise dans un seul de ces dossiers. Notons qu'une partie importante des expertises présentées par la défense à l'étape du procès (et qui ne servait pas à une défense d'aliénation mentale) avait pour objet spécifique de contester les résultats à l'alcootest (9/17).

Encore une fois, nous constatons le faible taux d'expertises demandées par la défense à l'étape du procès.

Nous allons maintenant examiner le phénomène de l'expertise contradictoire.

## 2.7 La contre-expertise

Il peut arriver que le tribunal soit confronté à une situation de contre-expertise. Cela se produit lorsqu'au moins deux experts présentent au juge des conclusions opposées ou contradictoires. Nous allons tenter ici de mieux comprendre ce phénomène à l'aide des données que nous avons recueillies.

---

21. Nous avons retiré ici trois expertises pour lesquelles la procédure n'était pas précisée.

Notons pour commencer que la contre-expertise est un phénomène peu fréquent.<sup>22</sup> Dans notre échantillon de 732 dossiers avec expertise(s), 14 seulement présentaient ce type de situation. Sur ces 14 dossiers, 8 d'entre eux portaient sur la contestation d'une preuve en matière d'alcoolémie, 4 dossiers portaient sur des questions de nature psychiatrique et les 2 autres étaient des cas particuliers.

Règle générale, lorsqu'il y a contre-expertise, la nature de la confrontation entre les experts n'est pas aussi radicale qu'on pourrait le penser. En fait, il est rare que deux experts se contredisent et s'attaquent directement l'un et l'autre. Par exemple, l'expert évitera d'affirmer que la thèse de la partie adverse est complètement erronée ou sans fondement. Chacun aura plutôt tendance à présenter au juge ses propres analyses et ses propres conclusions. Il reviendra alors au juge ou au jury de trancher en faveur de l'une ou l'autre de ces interprétations :

«De façon générale, il ne faut pas commencer à se battre avec l'expert [de la partie adverse] ou des trucs comme ça.» (Interviewé no. 03).

Afin d'illustrer ce point de vue de manière plus concrète, prenons à titre d'exemple la contestation du résultat à l'alcootest.<sup>23</sup>

Très souvent, en matière de facultés affaiblies, la contre-expertise qui est présentée du côté de la défense est assez simple. La situation se déroule de la façon suivante. L'inculpé prétend avoir bu une quantité peu importante d'alcool, c'est-à-dire une quantité qui ne reflète pas le taux d'alcoolémie indiqué par l'alcootest et mis en preuve par la poursuite. La contribution de l'expert de la défense consistera alors à faire un calcul théorique du taux d'alcoolémie de l'accusé sur la base du nombre de consommations que ce dernier prétend avoir

---

22. Selon les experts que nous avons rencontrés, le phénomène est beaucoup plus fréquent en matière de droit civil.

23. Nous choisissons cet exemple, car c'est surtout dans ce domaine que nous avons obtenu le plus d'informations.

bu.<sup>24</sup> Si le résultat théorique est effectivement en dessous de la limite permise par la loi, ce résultat sera présenté en Cour par la défense.

Dans un tel cas, le juge a devant lui deux résultats à caractère scientifique. Le premier, celui qui provient de la poursuite, est le résultat à l'alcootest. Le deuxième, celui qui provient de la défense, est le calcul théorique du taux d'alcoolémie qui repose sur la quantité d'alcool que l'accusé prétend avoir bu. Le juge doit donc trancher en faveur de l'une ou l'autre de ces deux interprétations.

Si le juge tranche en faveur de l'accusé, il laisse entendre qu'il y a eu une erreur de fonctionnement de l'appareil, ou bien que le technicien policier a mal fait son travail. Si le juge tranche en faveur de la poursuite, il laisse entendre que le témoin a menti ou qu'il a mal évalué la quantité d'alcool réellement consommée. Quoi qu'il en soit, on comprendra que la contribution de l'expert de la défense est extrêmement limitée. Ce dernier ne cherche pas à démontrer que l'appareil présente des problèmes de fonctionnement ou que le technicien de la police a mal fait son travail, bien que ce type de contre-expertise puisse également être présenté devant la Cour, mais de façon beaucoup moins fréquente. Dans la grande majorité des cas, le travail de l'expert se limite à un calcul théorique du taux d'alcoolémie sur la base du nombre de consommations que l'accusé prétend avoir bu :

«Ce que fait l'expert de la défense, dans le fond, c'est à peu près la chose suivante. Il témoigne après l'individu qui prétend avoir pris trois bières et il dit : *Monsieur le juge, ça donne 30.*<sup>25</sup> C'est tout. C'est ça le témoignage d'un expert de la défense, dans 90 % des cas.» (Interviewé no. 14).

Certains experts qui témoignent surtout du côté de la poursuite ont exprimé certaines réserves à l'égard de ce type de contre-expertise. Selon eux, les alcootests utilisés par les policiers sont très fiables. Les expériences faites

---

24. L'expert pourra également tenir compte de différents facteurs tels que l'âge, le poids et le sexe du suspect.

25. Le chiffre «30» indiqué ici signifie 30 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang, alors que la limite prescrite par la loi est de 80 milligrammes (article 253b du Code criminel). Dans le langage courant, on fait souvent référence à la limite du .08. On comprendra qu'il s'agit tout simplement de la conversion en gramme du même taux prescrit par la loi (80 mg ou .08 g.).

en laboratoire ne donnent jamais des écarts très importants entre le résultat attendu (résultat théorique) et le résultat obtenu (résultat donné par l'alcootest):

«Il engage un expert qui vient dire : *d'après mes calculs et d'après ce que l'individu m'a dit, il devrait être à 30, mais il est à 120. Nous savons bien qu'en pratique, des écarts de l'ordre de 80, 85 %, ça n'existe pas. Le Breathalyser [alcootest approuvé] est un appareil qui sous-estime énormément les résultats. C'est un appareil qui favorise l'individu. Il n'y a pas d'écart de la sorte. Nous avons déjà demandé à un expert [de la défense] : comment expliquez-vous cet écart? Il nous a répondu : je ne le sais pas. En fait, il n'y en a pas d'explications pour un tel écart, parce que le jour où cela va arriver, nous allons nous débarrasser de nos appareils. Nous n'avons jamais vu d'écart de la sorte et nous n'en verrons jamais.*» (Interviewé no. 14).

Il y a lieu de faire ici quelques remarques sur la contribution des experts de la défense. Nous voudrions relever trois éléments.

i) Le phénomène de l'expertise contradictoire doit être mis dans une certaine perspective. Comme nous l'avons montré avec nos données statistiques, il s'agit quand même d'un phénomène extrêmement limité. Par ailleurs, il est bien connu que les Cours criminelles se caractérisent par des taux de plaidoyers de culpabilité très élevés. Le domaine des facultés affaiblies ne fait pas exception à la règle. Tous les experts que nous avons rencontrés dans ce domaine, autant ceux qui travaillent pour l'État que ceux qui travaillent dans le secteur privé, s'accordent effectivement pour dire que les taux de plaidoyers de culpabilité sont d'environ 85 pour cent pour ce type d'infraction. Il faut donc reconnaître que la poursuite obtient malgré tout un taux de succès non négligeable.

ii) Le deuxième élément consiste à faire la distinction entre ce qui est de l'ordre du général et ce qui est de l'ordre du particulier. Les experts de la défense considèrent eux aussi que les alcootests sont très fiables et que les policiers font probablement, règle générale, un travail adéquat. Toutefois, pour un cas en particulier, la possibilité qu'il se soit glissé une erreur ou qu'un policier ait mal fait son travail est une option qu'ils ne peuvent rejeter complètement. En fait, certains experts de la défense pensent que leurs témoignages peuvent toujours être pertinents, quelle que soit la situation, même dans les cas où la



culpabilité de l'accusé peut paraître évidente (par exemple, un résultat à l'alcootest de plus de 120). L'exemple qui suit illustre ce point de vue :

«Il y a certains experts qui disent : *moi, j'accepte de prendre des dossiers en autant que l'écart ne soit pas supérieur à tel résultat*. Mais à partir du moment où on adopte une telle attitude, qu'est-ce qu'on fait? On se substitue à un juge. À partir du moment où je m'interdis de prendre des dossiers au-delà de 120, s'il y a eu une falsification de résultat<sup>26</sup>, si l'appareil a très mal fonctionné, moi j'enlève à l'accusé toute possibilité de défense.» (Interviewé no. 17).

iii) Le troisième élément porte sur la façon de définir le rôle de l'expert en Cour. Le rôle principal de l'expert consiste à fournir à la Cour des informations qui sont fiables sur le plan scientifique. Dans la mesure où cette condition est remplie, l'expert ne doit pas tenir compte des conséquences présumées de son témoignage sur l'issue du procès. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle il peut paraître inquiétant de voir certains experts témoigner toujours du même côté du tribunal, tout comme il peut être inquiétant de savoir que certaines expertises peuvent présenter des problèmes de validité scientifique et qu'il est alors difficile pour les tribunaux de s'en rendre compte. En ce qui concerne le calcul du taux d'alcoolémie effectué par un expert de la défense, il faut reconnaître qu'il s'agit là d'une simple information que le juge pourrait très bien ne pas considérer s'il jugeait que l'accusé n'a aucune crédibilité dans les circonstances.

«Si je comprends bien mon rôle d'expert devant les tribunaux, je n'ai pas de parti pris. Ça veut dire qu'au départ, pour moi, le client qui se présente ici, je n'ai pas à évaluer sa crédibilité. Ce n'est pas à moi à faire cela. Il y a un juge qui est responsable de cela. De même pour les policiers qui viennent témoigner, je n'ai pas à évaluer la qualité de leur témoignage.» (Interviewé no. 17).

Le sens général des trois remarques que nous venons de présenter pourrait, bien sûr, s'appliquer à tous les experts qui travaillent du côté de la défense, et non seulement à ceux qui interviennent en matière de facultés affaiblies.

---

26. L'interviewé a utilisé ici le terme anglais de *frame*.

Nous savons bien qu'il serait difficile d'évaluer la valeur scientifique de toutes les expertises qui sont présentées devant les tribunaux en matière de justice pénale. Toutefois, à la lumière des données que nous avons présentées, nous pouvons au moins affirmer qu'il serait illusoire de penser que la contre-expertise représente une procédure tout à fait efficace pour faire la distinction entre les expertises qui présentent certaines anomalies et celles qui n'en présentent pas.

### **Conclusion**

L'ensemble de ces résultats montre que règle générale, les avocats de la poursuite ont surtout recours à la science à l'étape du procès alors que les avocats de la défense ont surtout recours à la science à l'étape de la sentence. Dans le cas des avocats de la poursuite, il s'agit surtout d'expertises qui proviennent du domaine des sciences naturelles et de la technologie alors que dans le cas des avocats de la défense, il s'agit surtout d'expertises psychiatriques. Il faut aussi remarquer que dans un cas comme dans l'autre, ces expertises sont rarement contestées par la partie adverse.

Le point le plus litigieux qui ressort de ces données est qu'il existe un déséquilibre des forces en faveur de la poursuite à l'étape du procès.

Il serait faux de penser que la défense peut rééquilibrer ce désavantage en présentant des expertises psychiatriques à l'étape de la sentence. Il faut rappeler que les enjeux qui sont sous-jacents à ces deux procédures sont totalement différents.

Dans le cadre d'un procès, par exemple, c'est non seulement la question de la culpabilité de l'accusé qui est en jeu, mais également son degré de responsabilité à l'égard de différentes infractions. Un dossier d'accusation est souvent assez complexe. Il y a plusieurs éléments différents sur lesquels un expert de la défense peut intervenir. Une contre-expertise du côté de la défense pourrait démontrer, par exemple, que certains chefs d'accusation ne sont pas pertinents. On pourrait aussi démontrer que le chef d'accusation n'est pas aussi important qu'on semblait le penser. Un meurtre au premier degré pourrait être transformé en homicide involontaire.

En d'autres termes, il ne s'agit pas de simplement déterminer si l'accusé est coupable ou non. Il s'agit de savoir jusqu'à quel point l'ensemble du dossier présenté du côté de la poursuite est valable et réaliste, non seulement du point de vue juridique, mais également du point de vue scientifique.

On pourrait également être tenté de tempérer le caractère litigieux de cette situation de déséquilibre en soulignant que dans le contexte d'un système accusatoire, le fardeau de la preuve est du côté de la poursuite et non du côté de la défense.

Cette explication peut paraître valable, cependant, elle ne correspond pas à la façon dont le système devrait fonctionner. C'est une argumentation qui met en valeur une fonction bien précise du recours à la science devant les tribunaux alors que dans les faits, il en existe plusieurs.<sup>27</sup>

Selon ce point de vue, la contribution des scientifiques est uniquement perçue comme un élément de l'enquête policière, et on oublie de mentionner que l'avis d'un expert peut être grandement utile au travail de la défense. S'il est vrai que le rôle de la poursuite est de prouver la culpabilité de l'accusé sur la base d'un certain nombre de preuves, il est également vrai que le rôle de la défense consiste à examiner et à analyser la valeur de ces preuves. Pour répondre à cette fonction essentielle, tout particulièrement lorsqu'il est question de technologie et de science, la défense a besoin des conseils d'un expert.

Contrairement à ce que beaucoup de gens pensent spontanément, le rôle de l'avocat de la défense n'est pas simplement de défendre les intérêts des accusés qu'il représente. Trop souvent, on oublie que l'avocat de la défense agit aussi comme une sorte d'*agent de surveillance* des mesures de contrôle de l'État et que l'une de ses tâches importantes est de s'assurer que le système de justice fonctionne comme il prétend fonctionner.

---

27. Les expertises peuvent avoir, en effet, de nombreuses fonctions. Certaines expertises peuvent influencer le processus judiciaire, alors que d'autres peuvent influencer le processus sentenciel. Elles peuvent favoriser le point de vue de la poursuite, comme elles peuvent favoriser le point de vue de la défense. Ces fonctions peuvent être révélées ou cachées, générales ou spécifiques. Bref, la complexité des fonctions de l'expertise est intimement liée à la complexité du processus dans lequel elle est intégrée.

À cet effet, il vaut peut-être la peine de rappeler ici que le recours à un avocat est un droit fondamental au Canada. Ce droit est d'ailleurs inscrit dans le Code criminel. «L'accusé et toutes les parties ont le droit d'être représentés par avocat».<sup>28</sup> En 1969, le Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle (Comité Ouimet) affirmait que : «La représentation en justice est l'un des droits de l'homme.»<sup>29</sup> En 1982, ce droit était enchassé dans la Charte canadienne des droits et libertés.<sup>30</sup> «Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention : b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit.»

Dans une étude portant sur la question de l'accessibilité des services d'aide juridique, Wilkins<sup>31</sup> montrait qu'en matière criminelle, le recours à l'avocat n'était pas une simple disposition juridique qui avait pour fonction de servir les intérêts des accusés :

«The state makes a significant concession of power when it allows an accused to make a defence. It concedes more when it permits him an advocate skilled in the intricacies of the law. Quite apart from what legal aid may do for the poor man, it is important for what it does for everyone. We may regard these concessions as fundamentals rights [...]»<sup>32</sup>

Un peu plus loin, l'auteur fait remarquer que le recours à un avocat peut avoir un impact sur le travail des policiers :

«The most direct and immediate responses to legal aid would be expected to be found in the criminal courts and in the legal profession. Police practices might well change in any aspects of their work which are handled differently according to their anticipation of the chances that an individual will obtain legal advice. If legal aid is seen to substantially increase the

---

28. *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 672.5 (7).

29. Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, *Justice pénale et correction : un lien à forger*, 1969, Imprimeur de la Reine, Ottawa, p. 147.

30. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.)*, 1982, c. 11, art. 10 b).

31. J.L. Wilkins, *Legal Aid in the Criminal Courts*, 1975, University of Toronto Press, Toronto.

32. *Ibid.* à la p. 136.

probability of representation, it might be expected that officers would become more uniformly circumspect.»<sup>33</sup>

S'il est important pour la poursuite d'avoir recours à des preuves scientifiques, il est tout aussi important pour la défense de pouvoir examiner la valeur et la qualité de ces preuves. Cette question ne touche pas seulement au droit de l'accusé d'avoir une défense pleine et entière. Elle touche aussi à l'administration de la justice et au rôle *d'agent de surveillance* que l'avocat de la défense doit exercer dans ce domaine.

---

33. *Ibid.* aux pp. 141 et 142.

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** L'AVANCE ET LE DÉCOUVERT DE BANQUE EN COMPTE COURANT

**Auteur(s) :** Marc DUVAL

**Revue :** RDUS, 1999-2000, volume 30, numéro 1

**Pages :** 183-204

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/12356>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/12356>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## L'AVANCE ET LE DÉCOUVERT DE BANQUE EN COMPTE COURANT

par Marc DUVAL\*

*Le compte courant est une convention par laquelle deux parties en relations d'affaires suivies conviennent d'affecter l'ensemble de leurs créances à un compte unique et de renoncer à l'individualité de chaque créance pour ne reconnaître que le solde du compte, constitué des articles de crédit et de débit, exigible en tout temps. Puisque le compte courant enregistre les créances des diverses opérations entre les parties au compte, il est donc important que nous soyons en mesure de déterminer le moment précis où une créance entre en compte. L'avance et le découvert de banque nous permettront d'illustrer nos propos.*

---

*A current account is an agreement by which two parties in an ongoing business relationship, agree to assign the whole of their debts to a single account and to waive the individual nature of each debt and recognize only the balance of the account, made up of the debit and credit balances payable at all times. Since a current account records debts deriving from the various transactions between the two titularies of the account, it is therefore important to be able to determine the precise moment a debt actually enters the account. This is indicated through records of bank advances and overdrafts.*

---

\*. M. Fisc. Direction générale de la législation, ministère du Revenu du Québec. Les opinions exprimées dans cet article n'engagent que l'auteur. L'auteur remercie Gaétan Lépine de la Direction générale de la législation pour la vérification des écritures comptables. Des remerciements particuliers vont à Pierre Gagné également de la Direction générale de la législation pour les précieux commentaires qu'il a formulés à l'égard de ce texte ainsi que pour les nombreuses heures passées à discuter des concepts qui y sont énoncés.



## SOMMAIRE

<b>Introduction</b>	185
<b>Distinctions et similitudes : l'avance et le découvert</b>	186
<b>La remise en compte courant</b>	188
<b>L'avance en compte courant</b>	193
<b>Le découvert en compte courant</b>	198
<b>L'effet novatoire et les ouvertures de crédit au Québec</b>	200
1) Le découvert	200
2) La protection contre le découvert : l'avance de fonds	202
<b>Conclusion</b>	204

## Introduction

Le compte courant est une convention par laquelle deux parties en relations d'affaires suivies conviennent d'affecter l'ensemble de leurs créances à un compte unique et de renoncer à l'individualité de chaque créance pour ne reconnaître que le solde du compte, constitué des articles de crédit et de débit, exigible en tout temps. Deux caractéristiques ressortent particulièrement de la convention de compte courant : l'absence d'imputation de paiements et l'effet novatoire du compte.<sup>1</sup> Toutefois, l'effet novatoire est probablement l'élément essentiel de la convention de compte courant.

Le compte courant enregistre les créances résultant des diverses opérations effectuées entre les parties au compte. Il devient important d'établir le moment où une créance entre en compte courant car elle subit l'effet novatoire du compte et est remplacée par le solde du compte. En outre, par l'effet novatoire du compte, les garanties afférentes à la créance entrée en compte sont éteintes. Ainsi, la créance en remboursement de fonds prêtés inscrite en compte fera non seulement disparaître le prêt mais également les sûretés qui pourraient avoir été consenties à cet égard. Or, il n'est pas toujours facile de déterminer à quel moment une créance entre en compte courant. L'avance et le découvert de banque en compte courant nous permettront de saisir les aspects de l'inscription d'une créance en compte courant.

Nous distinguerons dans un premier temps l'avance du découvert, bien que les deux notions révèlent certaines similitudes. D'autre part, l'effet novatoire étant relié à la notion de remise en compte courant, cette notion sera analysée afin de nous permettre de qualifier l'opération à l'origine de la créance inscrite en compte courant. Par la suite, nous déterminerons à quel moment les créances relatives à l'avance et au découvert sont inscrites en compte courant. Enfin, nous examinerons, dans le cadre de l'effet novatoire du compte courant, deux types de clause que nous retrouvons dans des ouvertures de crédit utilisées au Québec et

---

1. Nous suggérons au lecteur de lire notre article précédent sur le compte courant avant d'entreprendre la lecture du présent texte s'il ne possède aucune connaissance concernant le compte courant; voir M. Duval, «Le compte courant en droit commercial» (1997) 57 R. du B. 453.

qui permettent au bénéficiaire de celles-ci d'aller en découvert ou d'obtenir une protection contre le découvert.

Avant de débiter l'étude de notre sujet, il est important de noter que le lecteur pourrait s'interroger sur les motifs pour lesquels nous référerons presque exclusivement à la doctrine française dans le cadre de notre exposé. Ceci s'explique par l'absence de doctrine québécoise sur l'effet novatoire en compte courant. Puisque la Cour d'appel du Québec a référé à la doctrine française pour définir le compte courant, nous sommes également d'avis qu'il est pertinent d'y référer.<sup>2</sup>

### **Distinctions et similitudes : l'avance et le découvert**

Le client d'une institution financière peut obtenir des fonds notamment par l'avance ou le découvert dans le cadre d'une ouverture de crédit. L'ouverture de crédit est «une promesse unilatérale du banquier de mettre sous certaines conditions de temps et de taux à la disposition de son client des moyens de paiement sous une ou plusieurs formes.»<sup>3</sup> Elle constitue une promesse de crédit. Généralement, la convention d'ouverture de crédit se greffe à une convention de compte courant.

- 
2. Voir les arrêts *Cayouette ltée c. Billet*, [1962] B.R. 433. et *Hamel c. Lauzon*, [1978] C.A. 348. Voir également *Banque de Montréal c. Québec (P.G.)*, [1979] R.C.S. 565 où la Cour Suprême du Canada réfère aux ouvrages de Rodière, de Rives-Lange, de Planiol, d'Aubry et Rau et de Mazeaud à des fins de discussion sur la nature juridique du contrat bancaire. D'autre part, nous référerons le lecteur à un texte du professeur Pierre-Gabriel Jobin sur l'influence de la doctrine française à l'égard du droit civil québécois. P.-G. Jobin, *Droit québécois et droit français*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1993 à la p. 91 et s.
  3. C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, Paris, Litec, 1994 à la p. 219. François Grua y voit une promesse «sui generis» dont l'objet est le crédit à consentir; F. Grua, *Contrats bancaires*, t. 1, Paris, Economica, 1990, p. 219. Voir également J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, *Droit bancaire*, Paris, Dalloz, 1995 à la p. 445 et s.; A. Dieryck, *Les ouvertures de crédit*, Paris, Librairie Générale de Droit, 1945 à la p. 417. Il est pertinent de citer des auteurs français sur ce sujet puisque Pierre-Paul Côté s'exprimant sur l'ouverture de crédit mentionne que « [l]e droit français, on doit l'avouer, a été plus fertile dans la recherche de son caractère juridique.» À cet égard, il cite différentes définitions d'auteurs français sur l'ouverture de crédit et sur son caractère juridique et il souligne qu'«il ne s'agit pas nécessairement d'une promesse de prêt car le crédit peut être réalisé sous une autre forme que le prêt.» P.-P. Côté, «Considérations sur le prêt commercial et la convention de prêt » (1987) 28 C. de D. 864.

Précisons que l'avance de fonds constitue un contrat de prêt d'argent.<sup>4</sup> Le prêt « peut se traduire en compte soit par une écriture au crédit soit par le fait que le banquier laisse le compte devenir débiteur. »<sup>5</sup> Bien que dans le cadre du découvert bancaire, la banque avance des fonds, nous distinguerons l'avance du découvert.<sup>6</sup> Lorsqu'une écriture au crédit est faite par la banque au compte du client, nous qualifierons l'opération d'avance tandis que lorsque la banque laisse le compte devenir débiteur, il s'agira d'un découvert.<sup>7</sup> Nous sommes d'avis que cette distinction traduit bien la réalité de ces opérations, bien que tant le découvert que l'avance constituent un prêt d'argent.

Toutefois, en compte courant, le découvert doit avoir été qualifié de prêt par les parties au compte afin que l'opération à l'origine de la créance soit qualifiée de prêt. À défaut d'une telle qualification, l'opération à l'origine de la créance qui résulte du transfert de numéraire ne peut être qualifiée de prêt comme nous le constaterons. Puisque lors d'une ouverture de crédit entre une banque et son client, le découvert est généralement qualifié de prêt, nous référerons à la notion de prêt, contrat nommé au Code civil du Québec, pour effectuer notre démonstration tant à l'égard de l'avance que du découvert.

- 
4. Rives-Lange et Contamine-Raynaud s'expriment comme suit à l'égard du prêt : « Les prêts à court terme se présentent sous des modalités techniques très variées : avances, découverts, crédit de courrier, crédit de campagne, etc. Au point de vue juridique, ces différentes opérations se ramènent à une notion unique, celle du prêt; il n'y a diversité juridique qu'en ce qui concerne les sûretés consenties pour garantir le prêt. » J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, *ibid.* à la p. 460. Sur la notion d'avances de fonds, voir également G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, 15<sup>e</sup> éd. par P. Delebecque et M. Germain, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1996 à la p. 347; C. Gavalda et J. Stoufflet, *ibid.* à la p. 215; J. Escarra, *Cours de droit commercial*, Paris, Sirey, 1952 à la p. 964; J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, *Traité de droit commercial*, t. 2, Paris, Librairie Dalloz, 1967 à la p. 816; *Marcelon Inc. c. M.R.N.*, [1991] R.D.F.Q. 7.
  5. J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, *ibid.* à la p. 461. Voir également G. Ripert et R. Roblot, *ibid.* à la p. 464.
  6. J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud distinguent également ces deux notions : *supra* note 4.
  7. La notion d'avance telle que nous l'entendons est celle-ci : « les avances sur créances [...]; les avances sur effets à encaisser; les avances sur marchandises; les avances sur recettes (films); les avances sur marchés; enfin les avances sur titres. » C. Gavalda et J. Stoufflet, *supra* note 3 à la p. 215. D'autre part, les concepts développés dans ce texte à l'égard de l'avance en compte courant peuvent être utilisés lorsqu'un prêt est octroyé par la banque au client et que la remise des fonds a lieu par une inscription au crédit du compte courant.

Avant de commencer l'étude de l'avance en compte courant, nous nous permettons de faire quelques commentaires sur la notion de remise en compte courant.

### **La remise en compte courant**

Le terme «remise» désigne la créance qui entre en compte.<sup>8</sup> Nous avons mentionné dans un article précédent qu'une créance qui entre en compte courant doit être certaine, liquide et exigible conformément à la doctrine prépondérante.<sup>9</sup> Or, l'étude de l'avance en compte courant nous permet d'affirmer que le caractère d'exigibilité de la créance n'est pas une condition pour entrer en compte courant. D'ailleurs, nous constatons que certains auteurs mentionnent que la créance doit être certaine et liquide et n'ajoutent pas le caractère d'exigibilité.<sup>10</sup>

L'avance en compte courant provient généralement d'une ouverture de crédit. Lors d'une avance de fonds, l'inscription de la créance au compte courant par une écriture au crédit matérialise la mise à la disposition des fonds au client par l'institution financière qui a consenti l'ouverture de crédit. Cette créance est-elle exigible? L'ouverture de crédit prévoit que l'institution financière doit consentir le crédit mais certaines clauses de cette convention permettent généralement à cette dernière de se désister lors de l'avènement de certaines conditions, d'où le caractère douteux de l'exigibilité du crédit par le bénéficiaire.<sup>11</sup>

---

8. M. Duval, *supra* note 1 à la p. 466.

9. *Ibid.* à la p. 467. Voir notamment *Encyclopédie juridique Dalloz : répertoire de droit commercial*, 2<sup>e</sup> ed., «compte courant» par J. Stoufflet, au n° 70; J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, *supra* note 3 à la p. 237; M.-T. Calais-Auloy, *Jurisclasseur*, Droit commercial, compte-courant, paragraphe 53 et 76.

10. G. Ripert et R. Roblot, *supra* note 4 à la p. 417. Marie-Thérèse Rives-Lange mentionne que «toute créance peut constituer une remise à la seule condition qu'elle appartienne au cadre de la convention initiale.» M.-T. Rives-Lange, *Le compte courant en droit français*, Sirey, Paris, 1969 à la p. 90. Le caractère consensuel du compte explique, selon nous, la possibilité qu'une créance non exigible puisse constituer une remise car le compte courant est la manifestation de la volonté des parties de régler leurs créances dans le cadre du compte.

11. François Grua mentionne que «l'ouverture de crédit a une force obligatoire limitée. En principe, cette obligation de faire qu'elle engendre ne commande pas que le banquier défère à tout appel de fonds du bénéficiaire, serait-ce dans la limite du montant prévu. Il conserve un certain pouvoir de sélection qui tient à deux raisons. [...] Dans ces conditions, la liberté du banquier de ne pas contracter vient singulièrement limiter la force obligatoire de la

D'autre part, si l'opération à l'origine de l'inscription au crédit par l'institution financière était une promesse de prêt, la créance afférente à celle-ci n'est pas exigible puisque l'article 2316 de Code civil du Québec prévoit que la promesse de prêter ne confère au bénéficiaire de la promesse, à défaut par le promettant de l'exécuter, que le droit de réclamer des dommages-intérêts.<sup>12</sup>

Que peut-on conclure? Dans le cadre d'une avance en compte courant, une créance est inscrite en compte et ce montant au crédit du compte matérialise une créance provenant d'une ouverture de crédit. Cette créance, malgré son caractère d'inexigibilité, peut être inscrite en compte courant.<sup>13</sup> La situation est similaire dans le cadre d'une promesse de prêt où les fonds sont mis à la disposition de l'emprunteur par l'inscription au compte d'une écriture au crédit qui matérialise la créance de l'emprunteur vis-à-vis l'institution financière à l'égard de la promesse de prêt; le prêt est formé par la mise à la disposition des fonds au

---

promesse; il n'a promis qu'en général, rien dans le particulier. Il y a seulement une réserve, sans laquelle la promesse serait purement potestative, mais qui est bien tenue : la liberté du banquier de refuser de répondre à un appel de crédit doit s'exercer dans la limite de l'abus de droit.» F. Grua, *supra* note 3 à la p. 230. Ripert et Roblot mentionnent que la «convention est *unilatérale*, en ce sens que le banquier est obligé de consentir le crédit, mais le client n'est pas obligé d'en user. Toutefois, quand elle est faite en compte courant, le client se trouve tenu de passer toutes ses opérations en compte». G. Ripert et R. Roblot, *supra* note 4 à la p. 459.

12. Dans le cadre d'un prêt accordé par une institution financière où les fonds ont été mis à la disposition du client par une inscription au crédit du compte courant, Jean-Louis Rives-Lange s'exprime comme suit : «Le contrat de prêt - il vaudrait mieux dire la promesse de prêt - obligeait la banque à mettre les fonds prêtés à la disposition de l'emprunteur; voilà l'obligation de la banque et la créance corrélative de l'emprunteur qui a été portée au crédit du compte courant ! Cette créance a subi l'effet novatoire du compte courant ». J.-L. Rives-Lange, *Chronique de jurisprudence bancaire*, La Revue Banque, septembre 1987, p. 852. Jean-Louis Rives-Lange ne semble pas s'être interrogé sur l'exigibilité de cette créance. Dans son volume sur le droit bancaire, il mentionne que pour que la créance subisse les effets du compte courant, elle doit être « certaine, liquide et exigible »; J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, *supra* note 3 à la p. 237. Or, Jean-Régis Mirbeau-Gauvin dans le Répertoire civil Dalloz mentionne, référant à un arrêt de la Cour de cassation, que «[l]e bénéficiaire de la promesse de prêt n'a droit qu'à des dommages-intérêts, en cas d'inexécution, et non à l'exécution en nature». (Voir *Encyclopédie juridique Dalloz : répertoire de droit civil*, «Prêt» par J.-R. Mirbeau-Gauvin au n° 264). Nous pouvons donc, à l'instar du droit civil québécois, qualifier d'inexigible la créance du bénéficiaire de la promesse de prêt.

13. Voir G. Ripert et R. Roblot, *supra* note 4 à la p. 417.

compte du client par l'écriture au crédit.<sup>14</sup> Cette construction du compte courant permet d'en conserver l'autonomie et de préserver la nature de l'opération (du contrat) qui est à l'origine de la créance entrée en compte lors d'une écriture au crédit par l'institution financière.<sup>15</sup>

La créance qui entre en compte courant résulte des diverses opérations faites entre les deux parties au compte. Dans l'étude du compte courant, cette notion d'opération est moins importante puisque c'est la créance qui entre en compte courant et non l'opération à l'origine de cette créance. Toutefois, cette notion d'opération permet de déterminer, lorsqu'une écriture au crédit du compte est effectuée par l'institution financière, quelle créance subit l'effet novatoire du compte courant.

---

14. Les deux parties dans le cadre d'un prêt peuvent prévoir que la remise peut s'effectuer par une écriture au crédit du compte courant. Il s'agit de la tradition feinte : «La tradition nécessaire à la formation du contrat peut résulter du seul consentement des parties, sans qu'il soit nécessaire d'opérer effectivement une livraison matérielle. La *tradition feinte* - fictive -, connu sous le nom de tradition *brevi manu*, suffit pour opérer le prêt d'une somme d'argent (Cass. req. 29 mars 1887, DP 89.1.159, note 1-2). Elle peut se réaliser, par exemple, sous forme d'écritures comptables ou bancaires (M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 11, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954, au n° 1141).» *Encyclopédie juridique Dalloz : répertoire de droit civil*, «Prêt» par J.-R. Mirbeau-Gauvin au n° 257.

Jean-Louis Rives-Lange mentionne que «[p]ar l'acte de prêt, la banque a souscrit l'obligation de mettre les fonds à la disposition de son client emprunteur». J.-L. Rives-Lange, *supra* note 12 à la p. 853. Au même effet, voir Michel Cabrillac et Bernard Teyssié, *infra* note 21. Nous comprenons que la tradition feinte équivaut à une mise à la disposition des fonds puisqu'elle se traduit en compte courant par l'inscription d'une créance en faveur du client.

15. L'autre possibilité serait de conclure à l'autonomie du contrat de prêt par rapport à la convention du compte courant. Celle-ci a été soutenue en France par la Cour de cassation dans une décision isolée et sévèrement critiquée par J.-L. Rives-Langes; voir J.-L. Rives-Langes, *supra* note 12; au même effet, voir M. Cabrillac et B. Teyssié, «Chroniques de la Législation et de Jurisprudence française» (1987) 40 R.T.D. civ. et com. 851. Selon la théorie énoncée par la Cour de cassation, les contractants au compte seraient d'accord pour déroger aux conséquences (l'effet novatoire) de l'inscription du montant du prêt au compte courant. Quant à la théorie du compte courant telle qu'exposée, elle permet de préserver l'autonomie des opérations à l'origine de la créance entrée en compte, ceci dans le cadre d'une écriture au crédit par l'institution financière (le prêt subsiste) tandis qu'une écriture au débit par cette dernière dans le cadre d'un prêt viserait la créance en remboursement des fonds prêtés, d'où la disparition du prêt par l'effet novatoire du compte. Enfin, nous soulignons que la théorie du compte courant étant d'origine doctrinale et jurisprudentielle, il est légitime que ce concept évolue et qu'il s'adapte aux besoins commerciaux.

À titre d'exemple, supposons que monsieur A et la banque X sont en compte courant. Si monsieur A va faire un «dépôt» de 100 \$ à son compte à la banque X, l'opération juridique qui naît du dépôt pourrait être un prêt (la créance en remboursement des fonds prêtés est inscrite au compte), dans la mesure où ce contrat respecte les conditions énoncées au *Code civil du Québec* et où les parties ont consenti au prêt. Toutefois, rien n'interdit en compte courant que nous soyons en présence d'un transfert de numéraire sans qu'une opération juridique soit à l'origine du dit transfert. Ainsi, lors d'un transfert de numéraire du remettant au récepteur, le compte courant enregistre la créance résultant de ce transfert; du fait que le remettant transfère de l'argent au récepteur, une créance naît pour matérialiser le transfert, que le solde du compte soit débiteur ou créditeur.<sup>16</sup> Nous qualifions cette opération de matérielle lorsque l'opération à l'origine de la créance perd tout caractère propre par opposition à une opération juridique tel un prêt. D'ailleurs, rien ne s'oppose à ce que le «dépôt» de 100 \$ de monsieur A à la banque B soit plutôt une opération matérielle que juridique, c'est-à-dire que du

---

16. Vasseur et Marin définissent les termes «remettant» et «récepteur» comme suit : «Le *remettant* est celui qui apparaît comme créancier de la créance passée en compte; c'est en pratique celui qui remet à l'autre la chose ou la valeur dont le transfert fait naître la créance. Le *récepteur* est au contraire le débiteur de la créance; c'est celui qui reçoit du remettant la chose ou la valeur dont il doit la restitution ou le prix.» M. Vasseur et X. Marin, *Les comptes en banque*, t. 1, Sirey, Paris, 1966 à la p. 389.



transfert de numéraire, résulte une créance qui matérialise ce transfert.<sup>17</sup> À cet égard, nous soumettons le passage suivant du professeur Jean Escarra :

«Du fait de leur entrée en compte, les remises perdent leur caractère de paiements. En l'absence de compte, une remise constituerait, soit un paiement fait par le remettant au récepteur, soit une avance si le remettant n'était pas débiteur du récepteur. La remise faite par le banquier au profit du client pourrait avoir le caractère d'une avance; c'est ce qui se produirait dans le cas d'un compte de dépôt d'espèces. Faite en compte courant, la remise n'est plus une avance. *Il reste simplement qu'une somme est entrée dans le compte, somme dont le récepteur a acquis la propriété.*»<sup>18</sup>

---

17. Les commentaires qui précèdent nous amènent au développement théorique suivant sur la nature du compte courant. Bien que la créance en remboursement des fonds prêtés, qui tire son origine du prêt entre les deux parties au compte (le remettant a remis de l'argent au récepteur dans le cadre d'un prêt et de cette transmission résulte une créance en remboursement des fonds prêtés), soit inscrite immédiatement au compte après le transfert de numéraire, nous favorisons de façon générale dans le cadre d'un transfert de numéraire la notion d'opération matérielle. Effectivement, dans le compte courant, les deux parties enregistrent dans un compte les créances résultant des diverses opérations intervenues entre elles dans le cadre d'une relation de créancier-débiteur et non dans un cadre plus spécifique de prêteur-emprunteur. En outre, cette notion est plus conforme aux effets juridiques du compte. En effet «[c]haque élément du compte courant perd sa nature particulière, son individualité, pour devenir un simple article de débit ou de crédit et concourir à la formation du solde qui constituera une créance ou une dette *sui generis*». H. Terrel et H. Lajeunesse, *Traité des opérations commerciales de banque*, Paris, Masson et Cie Éditeurs, 1921 à la p. 42. D'autre part, la notion d'opération matérielle à l'origine de la créance entrée en compte est plus conforme au fonctionnement du compte courant puisque lorsque le solde du compte du client est débiteur de la banque et que le client remet un montant d'argent à cette dernière, l'opération à l'origine de la remise au compte n'est pas un paiement. Sur cette question de paiement, voir M. Duval, *supra* note 1 à la p. 467. Voir également la note 18.

18. Les italiques sont de l'auteur. J. Escarra, *supra* note 4 à la p. 940. A. Boistel faisait également la même observation en 1890 : «Au point de vue juridique, ces remises, s'il n'y avait pas de compte courant, pourraient se présenter dans deux conditions opposées : si elles sont faites par une partie qui n'est pas déjà débitrice de l'autre, elles constitueraient une avance, un prêt; si elles émanent de celui qui est déjà d'ailleurs débiteur, elles seraient un paiement. Dans le compte courant ces remises perdent tout caractère propre; qu'elles soient au fond des avances ou des paiements, elles figurent au même titre au compte ». A. Boistel, *Cours de droit commercial*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Ernest Thorin, 1890, p. 613.

Cette observation est reprise par Albert Dieryck (*infra* note 31). Quant à nous, nous suggérons que, dans le cadre de l'avance et du découvert, c'est l'opération à l'origine de la créance qui perd tout caractère propre et que la créance perd également tout caractère propre

Cette description de la remise qu'exprime le professeur Escarra nous apparaît incomplète. En effet, il y a lieu de noter que la remise ne représente la conséquence d'une opération matérielle (c'est-à-dire l'opération à l'origine de la créance perd tout caractère propre dans le cadre d'un transfert de numéraire) que lorsque la créance inscrite au compte matérialise la dette résultant du transfert de numéraire du remettant au récepteur tel dans le cas du découvert, du «dépôt» d'espèces lorsque le remettant n'est pas débiteur du récepteur et du «paiement». Ainsi, il ne saurait être question que l'avance tel que nous l'avons distinguée du découvert soit une opération matérielle puisque les parties ont qualifié de prêt l'opération intervenue entre elles et plus particulièrement parce que le montant inscrit au crédit matérialise une dette de la banque à l'égard du client plutôt que la dette résultant du transfert de numéraire du remettant (la banque) au récepteur (le client).<sup>19</sup> De ce qui précède, nous sommes d'avis que la remise ne peut résulter que d'une opération matérielle ou d'une opération juridique.

### **L'avance en compte courant**

Rappelons que pour toute obligation existe une créance, créance qui peut être inscrite en compte courant si elle est certaine et liquide.<sup>20</sup> Que se passe-t-il

---

puisqu'elle n'est que le corollaire d'une opération effectuée entre les parties au compte. Par ailleurs, il est important de noter que les créances résultant d'opérations juridiques peuvent être inscrites en compte. À cet égard, Ripert et Roblot mentionnent que « [l]a créance du remettant envers le récepteur peut tenir aux causes juridiques les plus variées : paiement d'un prix de vente, prêt d'argent, ouverture de crédit, intérêts de titres, etc. Cette *cause de la créance* est sans importance dans la théorie du compte courant, sauf sur le point de savoir si elle ne doit pas la faire exclure du compte. » G. Ripert et R. Roblot, *supra* note 4 à la p. 417.

19. Ripert et Roblot mentionnent qu'« [i]l y a beaucoup de confusion dans la doctrine entre la capacité de faire une remise et les effets propres au compte courant. Cette confusion peut être surtout observée dans l'étude de l'ouverture de crédit en compte courant. Si le crédit ouvert est porté au compte du client et en est parfois le premier article, c'est que le banquier a pris, par un contrat d'ouverture de crédit, l'obligation de consentir un prêt. » G. Ripert et R. Roblot, *supra* note 4 à la p. 417.
20. Qu'est-ce qu'une obligation? Le professeur Tancelin mentionne que « [l]e droit civil définit traditionnellement l'obligation comme un lien de droit entre deux personnes. » Les frères Mazeaud ajoutent que pour la personne qui doit effectuer une prestation, « [l]'obligation est un élément du passif de son patrimoine, une dette. Or, l'obligation présente nécessairement une face inverse. Pour la personne qui doit profiter de la prestation due, elle est un élément de l'actif de son patrimoine, une créance. » M. Tancelin, *Des obligations : «ctes et responsabilités*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, p. 1; Henri, Léon et J. Mazeaud, *Leçons*

lorsqu'une avance est faite en compte courant? Comme mentionné précédemment, une avance de fonds en compte courant a généralement lieu dans le cadre d'une ouverture de crédit. La réalisation d'avances en compte courant est une façon pour la banque d'exécuter son obligation prévue à l'ouverture de crédit. Ainsi, dans le cadre d'une avance de fonds, il y a deux obligations ou deux créances. La première obligation résulte de l'ouverture de crédit. Par le contrat d'ouverture de crédit, la banque a l'obligation de remettre l'argent à l'emprunteur; elle a une dette envers l'emprunteur. Si nous examinons la situation du côté du client, nous constatons qu'il a une créance envers la banque. D'autre part, nous avons mentionné que l'avance de fonds est un contrat de prêt d'argent. Le prêt d'argent est un simple prêt défini par l'article 2314 du *Code civil du Québec* comme étant un « contrat par lequel le prêteur remet une certaine quantité d'argent à l'emprunteur [...] qui s'oblige à lui en rendre autant, de même espèce et qualité, après un certain temps. » L'emprunteur doit donc remettre l'argent au prêteur : c'est l'obligation de l'emprunteur ou sa dette envers le prêteur et la créance du prêteur en remboursement des fonds prêtés.<sup>21</sup> Nous constatons que nous

---

*de droit civil*, t. 2, Paris, Montchrestien, 1966 à la p. 5. En ce qui concerne le caractère d'exigibilité, voir nos propos précédents sur le sujet.

21. Supposons par ailleurs qu'il n'y ait aucune ouverture de crédit entre la banque et le client, mais qu'un contrat de prêt soit conclu entre eux et qu'une créance soit inscrite au crédit du client au compte courant. Puisque le montant du prêt n'est pas versé immédiatement (c'est-à-dire qu'il y a un délai entre la signature du contrat et l'inscription de la créance au compte du client, qui peut avoir lieu dans la journée ou le lendemain du contrat), nous sommes d'avis que le contrat n'est pas un prêt mais plutôt une promesse de prêt puisque dans le cadre du contrat réel qu'est le prêt, la tradition de la chose doit avoir été effectuée pour que le contrat existe (pour une discussion sur le prêt, contrat réel, voir M. Deschamps, «Le prêt» dans *La réforme du Code civil : obligations, contrats nommés*, Sainte-Foy (Qc.), 1015). Or, dans ce cas, la tradition n'a lieu qu'ultérieurement à la signature du contrat, soit au moment de l'inscription au compte de la créance qui constate que la banque a rempli son obligation. Nous soumettons toutefois l'opinion de Michel Cabrillac et de Bernard Teyssié qui, dans le cadre d'un commentaire d'arrêt, mentionnent que « [p]ar l'inscription au crédit du compte de l'emprunteur, le banquier avait mis les fonds à sa disposition, exécutant par là l'obligation que la convention de prêt avait mis à sa charge. » ; M. Cabrillac et B. Teyssié, *supra* à la note 15 de la p. 551. Ces deux auteurs sont donc d'avis que l'emprunteur possède une créance à l'égard du prêteur. Toutefois, il semble qu'en France on retienne que le contrat de prêt est un contrat réel comme au Québec bien que ce sujet ait fait l'objet de nombreuses discussions par la doctrine (Voir J.-R. Mirbeau-Gauvin, *supra* note 12 par. 225). Voir toutefois le commentaire de Didier Valette qui mentionne que «[s]'agissant d'un contrat réel, le contrat de prêt se forme théoriquement à la remise des fonds par le prêteur. Mais en raison de la pratique moderne des contrats de prêts, bon nombre d'auteurs hésitent à maintenir cette

sommes en présence de deux créances dans le cadre de l'avance de fonds; chacune de ces créances pourrait faire l'objet d'une inscription en compte courant.

À des fins de compréhension de l'avance en compte courant dans le cas d'une ouverture de crédit, utilisons l'exemple suivant que nous désignerons l'exemple numéro 1. La banque A fait une avance de fonds à monsieur B pour un montant de 1 000 \$. À cette fin, une écriture au montant de 1 000 \$ est inscrite au crédit de monsieur B à son compte. Rappelons que toute créance qui subit l'effet novatoire du compte courant est remplacée par le solde du compte constitué des articles de débit ou de crédit. Il est important de rappeler à ce stade-ci que c'est la créance et non l'opération dont est issue la créance, c'est-à-dire le prêt, qui subit l'effet novatoire.<sup>22</sup> De plus, il nous faut établir quelle créance est inscrite au compte en examinant les écritures de débit ou de crédit puisqu'il faut déterminer, lorsque le prêt est accordé dans le cadre d'une ouverture de crédit, quelle créance subit l'effet novatoire, soit celle relative à l'ouverture de crédit ou celle relative au remboursement des fonds prêtés. À ce propos, il convient de noter que «*les écritures au crédit* [dans les livres de la banque] représentent les créances du client sur la banque, et qu'à l'inverse, *les écritures au débit* représentent les créances de la banque sur le client ou, si l'on préfère une autre façon de s'exprimer, les dettes du client à l'égard de la banque.»<sup>23</sup> Comme l'écriture au débit matérialise une créance de la banque à l'encontre du client, c'est en examinant les écritures au débit que l'on pourra établir si la créance en remboursement des fonds prêtés a subi l'effet novatoire du compte courant.

Résumons la démarche à accomplir dans le cas de l'exemple numéro 1. Deux éléments doivent être examinés afin de déterminer si la créance en remboursement des fonds prêtés a subi l'effet novatoire du compte courant : 1. est-ce qu'il y a un montant inscrit au débit dans les livres de la banque : 2. ce montant

---

qualification de contrat réel. » (voir les références citées par cet auteur); *Juris-classeur commercial : banque et crédit, Conventions de crédit* par D. Valette au n° 77.

Quoi qu'il en soit, dans les deux situations, nous sommes d'avis que l'inscription au crédit du compte du client matérialise la créance du client à l'égard de la banque relativement à la remise de l'argent en vertu de la promesse de prêt ou du prêt en supposant que le prêt n'est pas un contrat réel.

22. J.-L. Rives-Lange, *supra* note 12 à la p. 853.

23. J.-L. Rives-Lange, *supra* note 12 à la p. 853. Voir également J.-L. Rives-Lange, *Chronique de jurisprudence bancaire*, La Revue Banque, mai 1986 à la p. 506.

représente-t-il la créance visée, en l'occurrence, en remboursement des fonds prêtés. Notons que si c'était monsieur B qui effectuait le prêt à la banque, le premier élément à examiner serait les montants inscrits au crédit dans les livres de la banque, puisque seul un montant au crédit dans ce cas peut matérialiser la créance du client à l'égard de la banque ou, si l'on préfère, la dette de la banque à l'égard du client. Quant au deuxième élément, il demeure le même puisqu'il faut déterminer si le montant inscrit au compte représente la créance visée.

Revenons à notre exemple numéro 1. La banque a fait une avance de 1000 \$ à monsieur B, ce qui s'est traduit par une inscription de 1000 \$ au crédit de son compte. La banque avait l'obligation de remettre l'argent à monsieur B en vertu de l'ouverture de crédit qu'elle lui avait octroyée; c'était la dette de la banque envers monsieur B ou la créance de monsieur B envers la banque. Si nous examinons les écritures, nous constatons que l'écriture au crédit de la banque représente une dette de 1 000 \$ de la banque à l'égard du client et non la dette du client envers la banque pour le remboursement des fonds prêtés. Par l'inscription au crédit, la banque a exécuté son obligation prévue à l'ouverture de crédit de remettre l'argent à monsieur B. C'est cette créance de monsieur B à l'égard de la banque qui a subi l'effet novatoire par son inscription à titre de crédit au compte courant et non la créance en remboursement des fonds prêtés. Cette créance en remboursement des fonds prêtés ne subira l'effet novatoire du compte courant que lorsqu'une écriture au débit sera inscrite à cet égard. Pour les fins de l'exemple, supposons que monsieur B a 5 000 \$ à son compte, c'est-à-dire que le solde du compte indique un crédit de 5 000 \$ à son égard. L'effet novatoire du compte courant à l'égard de la créance en remboursement des fonds prêtés n'aura lieu que lorsque la banque inscrira au débit sa créance de 1 000 \$. Elle passera l'écriture suivante : débit 1 000 \$.<sup>24</sup> C'est à ce moment seulement que cette créance subira l'effet novatoire. Conséquemment les garanties qui pourraient être rattachées au prêt seront éteintes.<sup>25</sup>

---

24. Après cette écriture, le solde du compte de monsieur B indiquera donc un crédit de 4 000 \$.

25. Examinons les écritures si monsieur B est en débit pour un montant de 100 \$ à son compte. Comme nous l'avons mentionné, l'effet novatoire du compte courant à l'égard de la créance en remboursement des fonds prêtés n'aura lieu que lorsque la banque inscrira au débit cette créance de 1 000 \$. Elle passera l'écriture suivante : débit 1 000 \$, ce qui signifie que le compte indiquera que le client est en débit de 1 100 \$ à l'égard de la banque. Par cette inscription, cette créance subit l'effet novatoire. Les garanties qui pourraient avoir été ratta-

Nous profitons de cette démonstration pour revenir à l'arrêt *In re Hill-A-Don Limited : Bank of Montréal c. Saul Kwiat (syndic)* dans lequel la Cour d'appel du Québec a qualifié le solde du compte courant de prêt.<sup>26</sup> La Cour d'appel avait mentionné que l'argent que le client dépose en banque est un prêt et que, par conséquent, le solde en compte courant est un prêt.<sup>27</sup> Quelles sont les écritures dans la situation (que nous désignerons l'exemple numéro 2) où un client prête un montant de 2 000 \$ à la banque ? La banque inscrit au compte un montant de 2 000 \$ au crédit du client. Que représente cette écriture ? Elle signifie que la banque a une dette de 2 000 \$ à l'égard du client.<sup>28</sup> Contrairement au cas de l'avance décrit aux paragraphes précédents (exemple numéro 1) où la remise des fonds avait été effectuée par la banque par une écriture au crédit, la remise des fonds est effectuée ici par le client qui se rend à son institution financière remettre l'argent. Dans le cas de l'exemple numéro 2, la seule écriture au compte est celle au crédit qui matérialise la dette de la banque envers le client à l'égard des fonds prêtés : c'est la créance en remboursement des fonds prêtés qui est ainsi inscrite au compte par cette écriture, d'où l'effet novatoire subi par cette créance. Nous ne pouvons donc qualifier le solde du compte courant en fonction de l'opération ayant donné lieu à créance.

---

chées au prêt s'éteignent, mais cet effet extinctif n'a lieu que lorsque la banque a inscrit la créance en remboursement des fonds prêtés au débit. Mentionnons que la banque pourrait avoir un avantage à inscrire cette créance au débit même si le compte est à découvert puisque le solde du compte peut comporter des garanties.

26. *Re Hill-A-Don Limited : Bank of Montréal c. Saul Kwiat (syndic)*, [1975] C.A. 157. Nous avons mentionné dans notre texte sur le compte courant que le solde du compte courant ne pouvait être qualifié en fonction de la créance inscrite en compte. M. Duval, *supra* note 1 à la p. 481.
27. Nous favorisons dans cette situation la notion d'opération matérielle. Voir nos commentaires précédents sur ce sujet.
28. Comme mentionné précédemment, seule une écriture au crédit (dans les livres de la banque) peut matérialiser la créance en remboursement des fonds prêtés lorsque le client fait un prêt à la banque, puisque cette écriture matérialise la dette de la banque envers le client.

## **Le découvert en compte courant**

Un découvert en compte se produit notamment lorsqu'un client qui n'a pas suffisamment de fonds dans son compte tire un chèque pour un montant plus élevé que son solde, ceci généralement dans le cadre d'une ouverture de crédit. Ripert et Roblot mentionnent qu'« [u]ne des parties est à découvert lorsque son débit à l'égard de l'autre partie n'est pas compensé par son propre crédit. Si on clôturait le compte à ce moment-là, l'autre aurait une créance à recouvrer. »<sup>29</sup> Il sera permis au titulaire du compte d'aller en découvert lorsqu'une ouverture de crédit existe entre lui et la banque, laquelle s'oblige à faire crédit au client jusqu'à un montant déjà fixé par l'ouverture de crédit. Bien que la convention de compte courant implique une notion de crédit, «la convention des parties peut décider que le découvert sera unilatéral et aussi fixer la limite de ce découvert. »<sup>30</sup>

En compte courant, en l'absence d'une ouverture de crédit qui spécifie que les sommes versées dans le cadre d'un découvert sont considérées comme étant un prêt, nous sommes d'avis que l'opération à l'origine de la créance en compte qui entraîne le découvert est une opération matérielle plutôt qu'une opération juridique.<sup>31</sup>

Supposons pour les fins de notre exemple que la banque ait ouvert un crédit au montant de 5 000 \$ au client en compte courant (montant non encore utilisé), que les parties aient prévu que les sommes versées à cet égard constitueraient un prêt et que le client n'ait aucun fonds à son compte. Si le client

---

29. G. Ripert et R. Roblot, *supra* note 4 à la p. 313.

30. *Ibid.*

31. Voir les commentaires des professeurs Boistel et Escarra sur ce sujet, *supra* note 18. Notons également le passage suivant d'Albert Dieryck au même effet : «Puisque les versements effectués en compte par le créateur en exécution du crédit ouvert, ne sont que des remises sans caractère spécifique qui ne participent pas à la nature de paiements ou d'avances [découvert], il [le créateur] n'est pas définitivement libéré des obligations qu'il a assumées [dans le cadre de l'ouverture de crédit].» Il s'agit d'un des principaux avantages du compte courant, puisque «[d]ès que le crédit, qui fait des versements en compte, ne présentant pas davantage les caractères d'un paiement, a ramené le solde débiteur à un montant inférieur à celui du crédit consenti, il peut réclamer du créateur des nouveaux versements à concurrence de la marge constituée.» A. Dieryck, *supra* note 3 à la p. 266. Seules des créances naissent suite aux transferts de numéraire du remettant au receveur.

tire un chèque au montant de 1 000 \$ sur son compte, la banque devra fournir les fonds pour l'honorer et inscrira au débit du compte le montant du chèque. Décomposons l'opération : en payant le chèque, la banque fait un prêt au montant de 1 000 \$ au client, comme elle s'y était engagée par l'ouverture de crédit, pour la différence entre l'argent inscrit au compte, (zéro), et le montant du chèque.<sup>32</sup> La créance du client envers la banque, soit l'obligation de remise de l'argent de la banque au client, a été exécutée par le paiement du chèque. Quant à la créance en remboursement des fonds prêtés de la banque envers le client, elle est inscrite au compte par l'écriture suivante : débit 1 000 \$. Cette écriture matérialise la créance de la banque à l'encontre du client, d'où l'effet novatoire de cette créance en remboursement des fonds prêtés.<sup>33</sup>

- 
32. Le chèque permet au client de retirer les fonds qu'il possède à son compte en raison de la créance qu'il détient à l'encontre de la banque ou de la caisse. Ainsi, par le chèque, le client donne un ordre à son institution financière de payer une somme précise prélevée sur les fonds qu'il possède à son compte ou à partir des fonds que va lui prêter l'institution financière en vertu d'une ouverture de crédit (en supposant que les fonds versés aient été qualifiés de prêt à l'ouverture de crédit) lorsque la somme que possède le client à son compte est insuffisante pour honorer le chèque. La nature juridique du chèque se rapproche du mandat puisque le client donne ordre à l'institution financière de prendre l'argent disponible à son compte ou, si les fonds sont insuffisants pour honorer le chèque, de prendre les fonds que cette dernière va lui prêter et de verser cette somme à son profit ou à une personne qu'il désigne.
33. Supposons que le compte du client indique un crédit de 100 \$. Si monsieur B tire un chèque au montant de 1 000 \$ sur son compte, le solde du compte sera insuffisant pour couvrir entièrement ce dernier. La banque devra donc fournir les fonds pour l'honorer en inscrivant au débit du compte le montant constatant la différence entre l'argent inscrit au crédit du compte et le montant du chèque tiré sur celui-ci. Décomposons l'opération : en payant le chèque, la banque exécute, dans un premier temps, la créance du client à son égard, à savoir le paiement du montant de 100 \$ que possède le client à son compte. Rappelons que ce montant de 100 \$ au crédit du client, dans les livres de la banque, représente une créance exigible en tout temps du client à l'égard de la banque. Dans un deuxième temps, la banque fait un prêt au montant de 900 \$ au client, pour la différence entre l'argent inscrit au compte, c'est à dire le 100 \$ au crédit du client, et le montant du chèque. La créance du client envers la banque relativement au prêt de 900 \$, soit l'obligation de la banque de remettre l'argent au client en vertu de l'obligation prévue à l'ouverture de crédit, a été exécutée par le paiement du chèque par la banque. L'écriture inscrite au compte par la banque est la suivante : débit 1 000 \$. Du montant de 1 000 \$ inscrit au débit, un montant de 100 \$ matérialise l'exécution de la créance du client envers la banque à l'égard du solde du compte et un montant de 900 \$ matérialise la créance de la banque en remboursement des fonds prêtés. Le solde du compte indiquera un montant de 900 \$ au débit.



Le lecteur peut trouver surprenant que la créance en remboursement des fonds prêtés subisse l'effet novatoire du compte courant et qu'en conséquence le prêt n'ait subsisté que quelques instants. Nous soulignons que cette situation n'est pas différente de celle qui se produit dans le cas d'une créance de prix de vente qui est inscrite en compte courant entre un entrepreneur en construction et un marchand de matériaux. Supposons qu'une ouverture de crédit est accordée à l'entrepreneur par le marchand de matériaux pour un montant de 5 000 \$. Pour les fins de notre exemple, assumons qu'une vente est conclue et que l'entrepreneur achète pour 1 000 \$ de matériaux. L'entrepreneur a l'obligation de payer le prix en contrepartie de la chose qu'il reçoit. La créance du prix de vente est inscrite immédiatement après que la vente ait été conclue puisqu'elle est un contrat consensuel.<sup>34</sup> L'écriture relative à cette créance se traduira par l'inscription suivante : débit 1 000 \$. Par l'inscription de cette créance au compte, celle-ci subit l'effet novatoire.

### **L'effet novatoire et les ouvertures de crédit au Québec**

Le découvert et la protection contre le découvert sont les deux types de clause que nous retrouvons le plus fréquemment dans les conventions d'ouverture de crédit.

#### **1) Le découvert**

Voici une clause de découvert jointe à un compte courant que nous retrouvons dans une convention d'ouverture de crédit :

**«Marge de crédit par découvert.** J'utiliserai la marge de crédit par découvert uniquement pour les besoins de liquidités d'exploitation de mon entreprise. Ma limite de crédit s'applique seulement au numéro de compte d'affaires indiqué à la première page de la présente convention (mais, si le crédit E est aussi coché, voir la clause 9 ci-après). Je suis responsable de tous les débits que j'ai amorcés (tels les chèques, les paiements au titre d'un prêt, les prélèvements automatiques, etc.). Les

---

34. Vasseur et Marin mentionnent que «[s]i la marchandise est de celles qui ne réclament aucun agrément de l'acheteur et si la vente est définitive au jour du contrat, le prix doit passer au compte au jour de la vente.» M. Vasseur et X. Marin, *supra* note 16 à la p. 400.

paiements se font au moyen de dépôts dans le compte. Je ne devrai jamais dépasser la limite de crédit. Vous, la CIBC, pouvez sans m'aviser retourner tout débit porté au compte dont le paiement entraînerait le dépassement de la limite de crédit, sauf entente préalable entre nous. Si vous payez un tel débit, je vous rembourserai immédiatement l'excédent sur la limite de crédit.»<sup>35</sup>

Cette clause permet au titulaire du compte courant d'aller à découvert jusqu'à concurrence du montant accordé par son institution financière. Le compte est à découvert lorsque les fonds sont insuffisants notamment pour honorer un chèque. Ainsi, si le titulaire du compte tire un chèque au montant de 500 \$ alors qu'il ne possède aucun fonds à son compte, le compte sera à découvert. La banque matérialisera le transfert de fonds par l'écriture suivante : débit 500 \$. Il s'agit d'une opération matérielle; seules des créances naissent pour matérialiser le transfert de numéraire de la banque au titulaire du compte dans le cas du découvert et du titulaire du compte à la banque lorsque le titulaire diminue son solde débiteur, le ramène à zéro ou le rend positif.

Si le découvert a été qualifié de prêt, l'opération à l'origine du transfert de fonds aurait alors constitué un prêt au montant de 500 \$.<sup>36</sup> La créance en remboursement des fonds prêtés aurait été inscrite au compte par l'écriture suivante : débit 500 \$. Par cette inscription, cette créance aurait été remplacée par le solde du compte, d'où la disparition du prêt. D'autre part, si ce prêt fait par la

---

35. Soulignons que cette clause parle de paiement au compte courant, alors que cette notion ne reflète pas la théorie du compte courant. Voir à ce sujet M. Duval, *supra* note 1 à la p. 467. Banque Canadienne Impériale de Commerce. Voici un autre exemple d'une clause de découvert tirée de la Convention de découvert de la Banque Royale du Canada :

«**Utilisation du compte** : Je peux obtenir des avances de fonds en effectuant des tirages sur le compte. Vous imputez le montant que vous m'avancez comme un tirage sur le compte. Ce montant fera partie du découvert à compter du jour où vous l'aurez porté au compte.

[...]

Le compte constitue une marge de crédit renouvelable. À chaque utilisation, le découvert créé est soustrait du plafond autorisé. À chaque versement (qui réduit le découvert que je vous dois), le plafond est reconstitué d'autant.»

36. Un exemple de la qualification à titre de prêt est la Convention de Multicompte de la Banque de Montréal qui définit à la clause 1.02 le terme Prêt comme étant «le découvert du compte, c'est-à-dire le total des articles portés au débit du compte, notamment, sans limiter la généralité de ce qui précède, les chèques, et les frais qui excèdent le total des articles portés au crédit du compte.»

banque avait été garanti par une hypothèque, celle-ci aurait disparu en même temps que le prêt par l'inscription au compte de la créance en remboursement des fonds prêtés.

## 2) La protection contre le découvert : l'avance de fonds

Un autre type de clause est la protection contre le découvert. Ainsi, dès que le compte devient à découvert, il est approvisionné afin d'éviter qu'il demeure à découvert. Une telle clause se lit comme suit :

«**Protection contre découvert** : Sauf dans le cas d'une marge de crédit rénovation, le Client autorise la Banque à utiliser la Marge de crédit pour prévenir tout découvert au compte qu'il désigne à cette fin. La Banque pourra débiter le Compte pour un montant suffisant à cette fin et effectuer les virements de fonds nécessaires. La Banque n'est toutefois pas tenue d'utiliser la Marge de crédit à cette fin si l'utilisation devait entraîner un dépassement de la Limite de crédit. Le Client peut révoquer l'autorisation ci-dessus au moyen d'un préavis de cinq jours adressé à la Banque à la succursale où le Compte est tenu. La Banque peut en tout temps refuser d'agir conformément à cette autorisation en donnant un avis au Client à cet effet. »<sup>37</sup>

---

37. Convention de marge de crédit de la Banque Nationale du Canada. Certains pourraient arguer que, puisqu'il s'agit d'une protection contre découvert, le compte visé par cette protection ne peut être un compte courant.

Afin de déterminer si nous sommes en présence d'un compte courant, il faut notamment qu'il y ait possibilité de remises réciproques même si elles n'ont pas lieu (voir nos commentaires sur les éléments qui permettent de déterminer si nous sommes en présence d'un compte courant à notre article sur le sujet. M. Duval, *supra* note 1.). Or, nous constatons par les écritures comptables, que le compte permet d'aller à découvert bien qu'il ne demeure pas dans cette position (à l'égard du client de la banque). D'autre part, Madame Nicole L'Heureux est d'avis que le « compte bancaire avec privilège de chèques fonctionne selon les principes du compte courant »; N. L'Heureux, *Droit bancaire*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1999 à la p. 72. En outre, même le compte de dépôt fonctionne comme un compte courant : Marie-Thérèse Rives-Lange mentionne que : « les deux comptes mettent en jeu le même mode de règlement, l'effet novatoire : en tant que mode de règlement des créances, le compte de dépôt est donc assimilable au compte courant. Mais il existe dans le compte courant une convention d'affectation générale absente dans le compte de dépôt : en tant que règle d'origine conventionnelle le compte courant se distingue du compte de dépôt. » M.-T. Rives-Lange, *supra* note 10 à la p. 68.

Qu'arrive-t-il dans cette situation? La banque approvisionne le compte courant afin qu'il ne demeure pas à découvert. Supposons que monsieur A, détenteur d'une ouverture de crédit avec la clause ci-dessus, possède un compte à la banque X et qu'il n'ait aucun fonds à ce dernier (supposons pour les fins de notre exemple que l'opération à l'origine de la créance inscrite en compte qui crée le découvert constitue une opération matérielle plutôt qu'un prêt).<sup>38</sup> Si monsieur A tire un chèque au montant de 1 000 \$, la banque inscrira un montant de 1 000 \$ au débit du compte. Afin d'assumer son obligation prévue à l'ouverture de crédit qui prévoit la protection contre le découvert, la banque fait un prêt de 1 000 \$ à monsieur A immédiatement après avoir inscrit au débit du compte le montant de 1 000 \$ mentionné plus haut. À cet égard, une écriture de 1 000 \$ au crédit du compte est effectuée par la banque. Comment expliquer les deux écritures soit une au débit et une au crédit? L'écriture au débit représente la créance de la banque à l'égard de monsieur A pour le transfert de fonds afin d'honorer le chèque. En effet, la banque en acceptant l'ordre de paiement du chèque alors que le solde du compte indiquait zéro, a déboursé un montant de 1 000 \$. L'écriture au débit de 1 000 \$ représente la créance de la banque envers monsieur A à la suite du transfert de fonds : il s'agit d'un découvert.

Immédiatement après l'écriture au débit, la banque en inscrit une autre, celle de 1 000 \$ au crédit du compte qui est la protection contre le découvert : il s'agit d'une avance de fonds, un prêt. Après ces écritures, le solde du compte indiquera le chiffre zéro. Nous constatons que le montant inscrit au crédit représente la créance résultant de l'obligation afférente à l'ouverture de crédit. La banque avait l'obligation d'avancer des fonds afin de protéger monsieur A du découvert bancaire.<sup>39</sup> Elle s'est acquittée de son obligation envers monsieur A par l'inscription au crédit du compte. Ce n'est pas la créance en remboursement des fonds prêtés résultant de l'avance qui a été inscrite au compte, mais celle qui résulte de l'obligation prévue à l'ouverture de crédit qui a été exécutée par l'inscription au compte. Le prêt existe donc toujours avec les sûretés qui pourraient avoir été accordées par monsieur A afin de garantir le prêt résultant de l'avance de la banque.

---

38. À supposer que ce découvert soit qualifié de prêt, ce serait la créance en remboursement des fonds prêtés qui serait inscrite au compte, d'où la disparition du prêt.

39. Obligation implicite sous réserve de certaines conditions.

## **Conclusion**

L'analyse de l'avance et du découvert en compte courant nous a permis de constater l'importance pour le praticien d'examiner attentivement la créance entrée en compte afin de déterminer à quel moment les sûretés qui peuvent garantir une créance sont éteintes. Ainsi, nous avons établi dans le cadre de l'avance en compte courant que les sûretés afférentes à celle-ci demeurent lors de l'inscription au crédit et disparaissent au moment où la banque inscrit au débit du compte la créance en remboursement des fonds prêtés. Lors d'un découvert bancaire en compte courant où l'opération a été qualifiée de prêt, les garanties afférentes au prêt disparaissent immédiatement puisqu'il y a immédiatement inscription au débit du compte de la créance en remboursement des fonds prêtés après la remise de l'argent du prêteur à l'emprunteur. Il y a donc lieu, dans le cas du découvert bancaire, que les institutions financières garantissent le solde du compte courant plutôt que le prêt puisque la créance en remboursement des fonds prêtés, par l'inscription au compte et par l'effet novatoire qui découle de cette inscription, est remplacée par le solde du compte courant.

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

- Titre :** – C’EST UNE RÉVOLTE.  
– NON, SIRE. C’EST UNE RÉVOLUTION.  
  
Tentative de métaphore sur la transition paradigmatique du droit
- Auteur(s) :** Richard OUELLET
- Revue :** *RDUS*, 1999-2000, volume 30, numéro 1
- Pages :** **205-223**
- ISSN :** 0317-9656
- Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.
- URI :** <http://hdl.handle.net/11143/12357>
- DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/12357>

*Page vide laissée intentionnellement.*

**– C’EST UNE RÉVOLTE.  
– NON, SIRE. C’EST UNE RÉVOLUTION.**

**Tentative de métaphore sur la  
transition paradigmatique du droit**

par Richard OUELLET\*

*À l’heure de la globalisation politique et économique, à l’heure où la société civile reprend ses droits, l’État moderne vit des moments de troubles. Sa souveraineté est grugée à l’interne comme à l’externe. La porosité des frontières érode son autorité. La régulation et le règlement des conflits lui échappent de plus en plus. Si l’État, élément essentiel du paradigme aujourd’hui dominant dans le droit, perd sa place privilégiée de régulateur et d’arbitre, que peuvent et que doivent faire les juristes?*

*Par une métaphore avec la Révolution française, l’auteur tente ici de montrer que les juristes, s’ils souhaitent continuer de contribuer à la construction du droit, n’ont d’autre choix que d’apprendre à concevoir le droit comme l’objet d’une science procédant d’une logique dialectique et mieux accolée aux réalités économiques et sociales.*

---

*In this era of political and economic globalisation and of the strengthening of civil society, the State, as we use to know it, faces certain difficulties. Its sovereignty is eroded both internally and externally. The porosity of borders saps its authority. Regulation and dispute settlement are escaping its dominion. Therefore, if the State, essential element of today’s main legal paradigm, is deprived of its unique position of regulator and arbitrator, how must jurists react?*

*Using the French Revolution as a metaphor, the author tries here to illustrate that jurists, if they wish to continue building the law, will have no choice but to conceive the law as the object of a dialectically working science adapted to economic and social reality.*

---

\*, Étudiant au doctorat à la Faculté de droit de l’Université Laval.



## SOMMAIRE

<b>Avant-propos</b>	207
<b>Introduction</b>	208
<b>1. L'objet de la recherche <i>en droit</i></b>	210
<b>2. La logique du droit</b>	212
2.1 Une logique positive... pour la scientificité	214
2.2 Une logique normative... pour l'autorité	216
2.3 La logique d'un système... pour le droit	217
<b>3. Une logique à changer pour un droit qui change</b>	219
3.1 La perte de l'autorité	219
3.2 Le besoin d'une nouvelle scientificité	221
<b>Conclusion : La fin du royaume des juristes</b>	222

Who could fail to be interested in the transition through the priest's test of truth, the miracle of the ordeal, and the soldier's, the battle of the duel, to the democratic verdict of the jury!

— Oliver Wendell Holmes

## Avant-propos

La communauté juridique fait depuis longtemps la sourde oreille aux appels pourtant pressants de certains théoriciens du droit qui réclament une nouvelle science juridique mieux accolée à ses disciplines voisines et aux contingences économiques et sociales. Une certaine forme de positivisme juridique, avec pour ciment l'État régulateur et arbitre, seul siège de la souveraineté, demeure étonnamment solide au cœur des cursus de nos facultés de droit.<sup>1</sup> L'État est pourtant considérablement affaibli aux plans politique, économique et social depuis l'avènement d'un nouvel ordre économique mondial et l'accélération d'un phénomène qu'il est aujourd'hui convenu d'appeler la globalisation. Les États cèdent peu à peu le contrôle qu'ils exerçaient traditionnellement sur leur économie, leur devise et leurs frontières respectives. Il n'est désormais plus possible de concevoir ou d'appliquer des politiques publiques, à portée économique et sociale, sans tenir compte d'une nouvelle répartition de la puissance publique et des formes qu'elle prend dans la société civile et dans des organisations interétatiques mieux structurées, mieux financées et mieux gérées que jamais. Politologues, économistes, administrateurs publics et sociologues, qu'ils soient pour ou contre la globalisation et ses effets, conviennent généralement d'emblée que leur champ d'étude ne peut plus faire fi de la nouvelle donne globale et de la nécessité d'une nouvelle multidisciplinarité.

On voit mal comment il pourrait en être autrement pour le droit dont, par surcroît, le paradigme dominant repose sur une instance que la globalisation, on

---

1. André-Jean Arnaud, *Entre modernité et mondialisation : cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, L.G.D.J., 1998, à la p. 20.

l'a dit, dépossède graduellement de ses compétences. Le positivisme et la logique formelle qui confinent les praticiens du droit à leur pyramide de normes ont des effets potentiels importants sur la place qu'occupent les juristes dans la construction du droit. Déjà, en droit international économique, la branche du droit qui est probablement la plus directement tributaire du nouvel ordre mondial, les juristes deviennent lentement mais sûrement les rédacteurs et les gestionnaires de normes conçues, négociées et établies entre des économistes, des biologistes ou des chimistes, au sein d'organisations internationales qui sont chaque jour un peu plus affranchies de l'autorité de leurs États membres.

C'est donc de l'inéluctable déclin d'une certaine conception du droit et de l'émergence obligée d'une nouvelle science juridique ayant le droit pour objet que traitent les pages qui suivent. Par le biais d'une métaphore suggérée par la lecture d'une monographie<sup>2</sup> et d'un article d'André-Jean Arnaud<sup>3</sup> et des publications récentes de Sousa Santos<sup>4</sup> et de Teubner,<sup>5</sup> nous cherchons ici à illustrer l'usage que font les juristes de la logique formelle et l'impact que devra avoir le prochain changement de paradigme sur la logique du droit et sur le repositionnement que devront opérer les juristes *dans* le droit ou *sur* le droit.

## Introduction

— C'est une révolte!

— Non, Sire. C'est une révolution.

La conversation a lieu à Versailles, dans la chambre du roi, le 14 juillet 1789 peu après la tombée de la nuit. Le duc de la Rochefoucauld-Liancourt, grand maître de la garde-robe royale vient de réveiller Louis XVI pour

---

2. *Supra* note 1.

3. André-Jean Arnaud, «De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques» (1997) 35 *Revue Droit et Société* 11.

4. Boaventura de Sousa Santos, «Three Metaphors for a New Conception of Law : The Frontier, the Baroque, and the South» (1995) 29 *Law & Society Review* 569; cet article est en fait une version adaptée du chapitre huit de la récente monographie de Santos, *Towards A New Common Sense : Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York, Routledge, 1995.

5. Gunther Teubner, «The King's Many Bodies : The Self-Deconstruction of Law's, Hierarchy» (1997) 31 *Law & Society Review* 763.

l'informer que le peuple de Paris a pris la Bastille en fin de soirée. Le roi s'exclame : «Mais c'est une révolte!». Le duc se permet alors de corriger la perception du roi sur l'ampleur des troubles qui secouent la capitale.<sup>6</sup>

On dit que cette réplique aurait ébranlé le roi, qu'il aurait à ce moment commencé à douter, à croire que les soulèvements étaient à la fois bourgeois et populaires. Le roi aurait compris, dans la nuit du 14 au 15 juillet 1789, que son autorité était contestée. En fait, Liancourt et Louis XVI l'ignorent, mais l'autorité du roi lui sera tout à fait enlevée. Celui qui a dit : «Pourquoi donc les droits de l'Homme? Je suis le roi», sera déchu en août 1792. Celui dont l'aïeul Louis XIV aurait dit : «L'État, c'est moi», aura ensuite la tête coupée en janvier 1793.

La Révolution française a supprimé l'autorité royale. Elle a pris le pouvoir au roi. La souveraineté ne lui appartient plus. Il ne dit plus le droit. Nombre d'historiens et de politologues débattent sur l'issue véritable de la révolution, bourgeoise ou populaire. On sait en tout cas que, depuis la révolution, l'autorité et la souveraineté n'émanent plus de la couronne. L'État n'est plus le même. Être noble, duc, comte, marquis ou baron ne confère plus rien si ce n'est, parfois, du vieil argent de famille caché à la Révolution.

À l'heure de la globalisation politique et économique, à l'heure où la société civile reprend ses droits, l'État moderne vit aussi un début de révolution dont on évalue encore mal l'ampleur. Sa souveraineté est fragmentée à l'interne comme à l'externe, la porosité des frontières érode son autorité, la régulation et le règlement des conflits lui échappent de plus en plus. L'État est peut-être en train de «perdre la couronne». Si l'autorité change de mains, les juristes peuvent-ils continuer de s'y accrocher? Si oui, à quelles conditions? Si l'État, élément essentiel du paradigme aujourd'hui dominant dans le droit, perd sa place privilégiée de régulateur et d'arbitre, les nobles ou le «clergé» que sont les juristes risquent-ils d'être victimes de la révolution? Peuvent-ils être révolutionnaires? Ou peuvent-ils endiguer la révolution en «négociant le droit»

---

6. L'anecdote est rappelée et commentée par François Bluche dans *Dictionnaire des citations et des mots historiques*, Éditions du Rocher, 1997.

avec le Tiers-État pour éviter un autre serment du Jeu de paume? Être juriste confèrera-t-il encore quelque forme de pouvoir?

Nous nous attarderons d'abord à observer le travail des juristes pour bien comprendre ce qu'ils cherchent en droit et pourquoi ils le cherchent. Ayant déterminé l'objet de la recherche des juristes, nous verrons de quels outils de recherche ils ont vraiment besoin aujourd'hui pour trouver ce qu'ils cherchent et faire du droit ce qu'il doit être. Nous tenterons alors de dégager les principales caractéristiques de la logique du droit. Nous essaierons ensuite de voir si les outils dont sont aujourd'hui pourvus les juristes leur seront encore utiles quand il appartiendra aussi à d'autres qu'à l'État et aux juristes de définir les contours du droit. Enfin, en guise de conclusion, nous testerons jusqu'où il est possible de pousser la métaphore.

## 1. L'objet de la recherche *en* droit

Ce que les légistes aiment par-dessus toutes choses, c'est la vie de l'ordre, et la plus grande garantie de l'ordre est l'autorité. Il ne faut d'ailleurs pas oublier que, s'ils prisent la liberté, ils placent en général la légalité bien au-dessus d'elle.

Alexis de Tocqueville  
De la Démocratie en Amérique, Livre 1,  
chapitre 16

On est peu de temps avant la Révolution. Le roi est souverain. Il choisit qui a accès à la cour. Il anoblit. Les nobles achètent des charges royales. Ils ont charge de terres, de domaines ou de villages. Ils sont responsables de l'application des édits royaux, ils exigent les impôts et les corvées dont ils sont eux-mêmes exemptés. Plusieurs ont d'importants grades dans la Garde Royale ou dans l'armée. Ils sont, pour certains, lourdement endettés mais une intrigue ou un passe-droit leur permet le plus souvent d'échapper à leurs créanciers ou aux conséquences de leur incurie. Bref, les nobles servent bien la monarchie et la monarchie les sert bien. Les nobles aiment l'ordre royal, ils se plaisent dans l'étiquette de palais, dans la quête des titres de cour, dans le monde molletonné de Versailles ou des châteaux de province. Ils savent pertinemment que la vaste

majorité du peuple français ne court pas après les titres mais après du pain... et après, tant que l'autorité du roi leur profite et les protège.

On est peu de temps avant la révolution paradigmatique. L'État fait les lois. Il est le ciment de la pyramide de normes qui balise l'activité des sujets de droit. Ses sujets, les citoyens, peuvent, moyennant certaines garanties de leur allégeance, accéder à la noblesse, la communauté juridique. L'obtention d'un rang leur permet d'appliquer ou d'interpréter des normes. Les plus chanceux d'entre eux sont nommés à la magistrature. Ils peuvent alors carrément dire le droit. Mais les juristes vivent dans un monde à part. Ils doivent agir et parler en fonction de l'intérêt de l'État. On attend d'eux qu'ils s'engagent dans les débats sociaux, mais qu'ils plaident pour le maintien d'un ordre où ils occupent une place confortable près du pouvoir.

Les juristes sont des nobles. Ils ne voient pas le monde comme les autres. À l'opposé des chercheurs des autres disciplines, les juristes n'utilisent pas les faits pour émettre et confirmer des hypothèses. Les constatations qu'ils tirent de la nature ne leur servent pas à valider leur recherche. Pour les juristes, les faits ne déterminent que le point d'envol vers un monde idéal où se déterminent sans référence à la nature et sans discussion les lois qui mènent au point d'atterrissage dans le concret. Ce que cherchent les juristes se trouvent hors du réel. On constate d'emblée, à la seule observation du travail des juristes, qu'ils ne cherchent pas quelque chose de vrai, de concret ni de vérifiable. La méthode scientifique ne leur est pas utile. Contrairement à la quasi-totalité des autres champs d'études, le droit n'a besoin ni de la vérité ni du réel pour être accepté et appliqué. Les lois de Newton doivent pouvoir se constater pour être acceptées, mises en application et enseignées. Que ce soit en physique, en sociologie, en médecine, en linguistique ou en économique, les théories qui ne se vérifient pas ne font pas long feu. Le droit, lui, n'a pas à être vrai pour être efficace. Il trouve son autorité ailleurs que dans la scientificité. Il la trouve dans la légalité. Le droit ne cherche pas à comprendre la nature, la société ou les individus. Il sert à juger.

C'est donc le but du droit (juger) et l'objet de la recherche en droit (la légalité) qui le distinguent des autres disciplines. Et cette particularité semble s'être amplifiée depuis plus ou moins 150 ans.

Depuis longtemps, la science exacte porte en elle l'équation entre la régulation et l'émancipation, c'est-à-dire l'idée que le progrès scientifique et social passe par une meilleure compréhension de la nature et des lois qui la régissent<sup>7</sup>. Au 19<sup>e</sup> siècle, les sciences sociales ont emprunté cette équation aux sciences naturelles.<sup>8</sup> Ce faisant, on tentait de voir d'un autre œil les problèmes sociaux, on les transformait en difficultés pouvant être résolues de façon scientifique ou technique. L'objectif était d'en arriver à une gestion moins arbitraire, moins politique de la vie sociale. Mais la dépolitisation scientifique de la vie en société ne pouvait se faire qu'à long terme. Pendant qu'on s'exerçait à comprendre les règles menant au progrès social, il fallait bien conserver un minimum d'ordre pour endiguer les rébellions et régler les litiges. C'est là que le droit s'est fait une place toute spéciale dans la modernité.

Les questions qu'il fallait trancher (juger) sans attendre, pour lesquelles on n'avait pas encore de réponses ayant une assise *scientifique* et pour lesquelles on ne voulait plus de réponses *politiques*, seraient réglées par le droit qui, lui, apportait des réponses *juridiques* (légalité). Ces réponses étaient admises et efficaces parce que trouvées selon un processus logique qui n'apparaissait pas arbitraire. Le droit a alors dû, plus que jamais, développer et montrer sa logique qui donnait à la légalité les airs d'une autorité plus scientifique que politique.

## 2. La logique du droit

Lors des États Généraux convoqués par Louis XVI, la noblesse se trouve dans une position fort inconfortable, coincée entre la monarchie et les deux autres ordres, c'est-à-dire le clergé, dont tous voient que l'autorité et le poids sur les consciences faiblissent, et le Tiers-État, «qui n'est rien mais qui veut tout».

La noblesse doit surtout rester à bonne distance du Tiers-État qui a des doléances plus sérieuses que jamais à faire valoir et qui veut mettre à l'ordre du jour des sujets qui débordent largement les préoccupations d'un roi surtout

---

7. De Sousa Santos, *supra* note 4 à la p. 570; j'emprunte ici à de Sousa Santos une partie de son développement sur la place du droit dans la modernité.

8. Toumanov situe cet emprunt des sciences sociales aux sciences naturelles avant le 19<sup>e</sup> siècle, soit à l'époque des Lumières; Vladimir Toumanov, *Pensée juridique bourgeoise contemporaine*, Moscou, Éditions du Progrès, 1974, à la p. 49.

intéressé par la levée de nouveaux impôts. La noblesse doit aussi se garder de lier son sort à celui du clergé. L'Église est sur la mauvaise pente. Depuis l'époque des Lumières, elle s'est éloignée du pouvoir bien plus qu'elle ne s'en est approchée. Reste le roi, l'allié naturel. Celui-ci semble tout ignorer des idées qui germent et de la pression qui monte en son peuple, mais son autorité reste la seule garante des privilèges des nobles.<sup>9</sup>

Le droit de la modernité s'est vu placé dans une position difficile au plan de la logique et du discours. Occupant une sorte de *no man's land* désormais interdit à la politique et encore inaccessible à la science, le droit est dans la position de la noblesse pendant les États Généraux. C'est une très dure lutte entre des visions différentes de ce que doit être le pouvoir politique et économique qui a assigné au droit sa place et son rôle. Le droit doit servir l'État, s'assurer de sa préservation entre l'arbitraire du politique qu'on cherche à diminuer et la science qui s'étend aux «champs sociaux» et dont on ne voit pas bien où elle peut mener. Le droit doit garantir une certaine force pendant qu'on dépolitise et qu'on «scientificise» les «champs sociaux». Mais ce rôle est paradoxal à plus d'un point de vue et coince le droit au plan de sa logique. Le droit doit juger sans être moral.<sup>10</sup> Il doit être exempt de toute idéologie et être logique sans pouvoir prétendre être scientifique. Il doit être neutre mais sert à préserver l'État. Ces paradoxes du rôle du droit se répercutent forcément sur la logique qui en est indissociable. Une brève étude de cette logique paradoxale s'impose pour voir si le droit survivra à la révolution paradigmatique.<sup>11</sup>

---

9. Les juristes du 19<sup>e</sup> siècle ont un peu fait de même en liant leur destinée à celle de l'État et du positivisme pour s'assurer un certain rang social. Voir Jean-Guy Belley, «Paradigmes et innovation : les professeurs de droit et l'avenir des professions juridiques» (1994) 9 *Revue canadienne droit et société* 163 à la p. 167.

10. *Ibid.* à la p. 166.

11. Bourdieu décrit bien ce paradoxe dans Pierre Bourdieu, «La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique» (1986) 64 *Actes de la recherche en sciences sociales* 3 à la p. 4; Teubner, *supra* note 5 à la p. 764, parle lui aussi du paradoxe logico-formel du droit. Convaincu moi-même que la logique juridique est paradoxale à plus d'un point de vue, je décrirai cette logique à partir d'opinions et d'auteurs que l'on n'arriverait pas nécessairement à concilier.



## 2.1 Une logique positive... pour la scientificité

Il faut que la loi présente toujours au peuple  
le modèle le plus pur de la justice et de la  
raison.

Robespierre, Discours à l'Assemblée, 30  
mai 1791

Si le droit doit essentiellement dégager et maintenir en la vie sociale un ordre intelligible,<sup>12</sup> juguler le désordre social,<sup>13</sup> il doit être exercé de façon efficace et surtout légitime. À l'heure où tout s'observait par une lorgnette positiviste, c'est la rationalité qui a donné au droit sa légitimité. Comme l'indique Bourdieu :

«Le travail de rationalisation confère [au droit] l'efficacité symbolique qu'exerce toute action lorsque, méconnue dans son arbitraire, elle est reconnue comme légitime. Le principe de cette efficacité réside au moins pour une part dans le fait que, sauf vigilance spéciale, l'impression de nécessité logique suggérée par la forme tend à contaminer le contenu.»<sup>14</sup>

Le droit doit être une «fiction efficace».<sup>15</sup> Il doit avoir l'air scientifique, projeter l'image d'un corps systématique de règles fondé sur des principes rationnels.<sup>16</sup> À défaut d'être de la science, il doit s'en donner la forme. Il doit se montrer neutre, sans idéologie, a-politisé,<sup>17</sup> à la recherche de la seule «vérité juridique».<sup>18</sup> Ainsi, la «science des lois» s'est «maquillée» de plusieurs des artifices de la science exacte.<sup>19</sup> Elle a d'abord adopté un discours savant, une

---

12. François Génys, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, 1914, à la p. 145.

13. Belley, *supra* note 9 à la p. 167.

14. Bourdieu, *supra* note 11 à la p. 8.

15. *Ibid.* à la p. 11.

16. *Ibid.* à la p. 7.

17. Pierre Verge, «La valeur de l'enseignement du droit et ses valeurs» (1986) 27 C. de D. 891 à la p. 896.

18. On trouve l'expression chez François Génys, *supra* note 12 à la p. 146.

19. Pierre Legendre, *L'amour du censeur : essai sur l'ordre dogmatique*, Paris, Éditions du Seuil, 1974, à la p. 106.

langue qui porte les marques d'une rhétorique de l'impersonnalité et de la neutralité.<sup>20</sup> L'emploi de verbes constatifs, du présent de l'indicatif, d'adjectifs indéfinis et de termes génériques pour décrire le devoir-être a marqué les consciences des juristes et ancré dans la pensée autant que dans le langage une certaine conception du droit. L'emploi d'un langage neutre et universel a entraîné à la longue l'emploi du jargon propre aux protocoles de recherche scientifique. On n'hésite plus aujourd'hui, lors même qu'on réfère à la recherche *dans* le droit, à parler de «théorème à démontrer»,<sup>21</sup> d'«hypothèse à valider»,<sup>22</sup> d'«objet»<sup>23</sup> de recherche, de «démarche empirique» ou «déductive» et même de «recherche fondamentale» ou «appliquée».<sup>24</sup>

Plus percutante encore est la *posture universalisante*<sup>25</sup> dont s'est doté le droit. Devenu une discipline capable d'abstraction et d'axiomatisation, le droit a pu intégrer l'idée d'universalisme, reliquat du droit naturel revigoré par les philosophes des Lumières,<sup>26</sup> et s'est peu à peu construit un système déductif et une cohérence internes qui lui permettaient d'élaborer un corps de règles et de procédures à prétention universelle,<sup>27</sup> applicables en tout temps et en tout lieu à n'importe quelle donnée factuelle. Le droit devenait ainsi capable d'aborder, comprendre juridiquement et classer juridiquement n'importe quel phénomène. Cette conception du droit qui participe à la fois du juspositivisme et du jusnaturalisme<sup>28</sup> a débouché sur le positivisme normativiste de Kelsen. L'ordre pyramidal bien connu, formé exclusivement de normes, n'admet pas le vide juridique et ne souffre aucune contradiction dans son fonctionnement interne.

---

20. Bourdieu, *supra* note 11 à la p. 5 ; voir aussi les commentaires sur le langage juridique scientifique de Jerzy Wroblewski, «Les langages juridiques : une typologie» (1988) 8 Droit et société 13 à la p. 18.

21. Raymond Gassin, «Une méthode de la thèse de doctorat en droit» (1996) Revue de la recherche juridique 1167 à la p. 1171.

22. *Ibid.*

23. Jean-Louis Bergel, «Esquisse d'une approche méthodologique de la recherche juridique» (1996) Revue de la recherche juridique 1073 à la p. 1076.

24. *Ibid.* aux pages 1076 à 1081.

25. Bourdieu, *supra* note 11 à la p. 5.

26. Arnaud, *supra* note 1 aux pp. 154 à 156.

27. Bourdieu, *supra* note 11 à la p. 5.

28. Valentin Petev, «Quelle méthode? La méthodologie juridique au seuil du XXI<sup>ème</sup> siècle» (1990) Revue de la recherche juridique 757 à la p. 765.

Tous les juristes ne sont pas des positivistes, mais tous savent, en connaissance de cause ou intuitivement, que la logique positive du droit assure au droit son efficacité,<sup>29</sup> contribue à légitimer le pouvoir en place et garantit aux juristes leur place près du pouvoir.<sup>30</sup>

## 2.2 Une logique normative... pour l'autorité

Peuple, souviens-toi que si dans la République la justice ne règne pas avec un empire absolu, la liberté n'est qu'un vain nom.

— Robespierre, À la Convention nationale,  
10 juillet 1794

La logique étant indissociable du contenu auquel elle donne forme,<sup>31</sup> elle est forcément normative. Contrairement à la logique des sciences naturelles qui sert à comprendre ce qui est, la logique normative sert à dicter ce qui doit être. Elle sert à juger et non à expliquer. Elle ne résout pas les contradictions, elle les efface, les dépasse.<sup>32</sup> Elle tranche.

De tout temps, l'usage d'une logique normative a pu servir à l'imposition et à la protection du pouvoir et de l'autorité.<sup>33</sup> Le pouvoir de régler les comportements et de guider les consciences glissant lentement, depuis la Renaissance, du religieux vers le politique, l'État a dû s'appropriier un peu des méthodes du clergé pour imposer son pouvoir temporel. Il devait pourvoir le droit, son outil politique,<sup>34</sup> d'un mode de pensée qui protège les sources de l'autorité, qui n'admette pas qu'on les questionne. Pour que le droit arrive à

---

29. Bourdieu, *supra* note 11 à la p. 8.

30. Legendre, *supra* note 19 aux pp. 102 à 104.

31. Michel Miaille, *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspéro, 1977, à la p. 205.

32. *Ibid.* à la p. 207.

33. Legendre, *supra* note 19 aux pp. 100 et 101.

34. *Ibid.* à la p. 121.

«canaliser l'action dans le sens indiqué par la loi»,<sup>35</sup> il fallait donner un caractère dogmatique à l'ordre juridique. Rendre l'État aussi inattaquable et aimable que possible, tout comme Dieu a pu l'être. Faire de la légalité une autorité suffisante, aussi imposante qu'ait pu l'être la divinité. Pour profiter de toute la charge symbolique de l'Église, le droit s'est paré d'une certaine mystique.<sup>36</sup> De la même façon qu'on ne permet qu'à ceux qui ont prononcé leurs vœux de prêcher, seuls ceux qui montrent leur allégeance au pouvoir en place peuvent valablement traiter de droit.<sup>37</sup> Celui qui dit le droit porte le masque sacerdotal.<sup>38</sup>

Les facultés de droit forment ainsi de nos jours des protecteurs d'une autorité<sup>39</sup> et d'un ordre constitutionnel<sup>40</sup> dont on ne doit pas remettre les fondements en question.

On ne devait pas questionner la Sainte-Trinité mais obéir à son curé, on devait être loyal à un roi dont on ne savait à peu près rien et qui pouvait faire ce qu'il voulait du royaume, on doit aujourd'hui se conformer à un ordre juridique dont on sait que la *Grundnorm* est sans contenu. De la parole du Seigneur, on est passé à l'absolutisme monarchique puis à l'État de droit. Apparemment quelle que soit la forme de pouvoir qui s'exerce, l'autorité repose pour une large part sur une logique qui ne permet pas de comprendre ni même de chercher.

### 2.3 La logique d'un système... pour le droit

Les deux dernières sections ont permis de mettre en lumière le paradoxe qui habite la logique du droit. Le droit n'a de légitimité que s'il est cohérent, rationnel et participe de la méthode scientifique. Par ailleurs, le droit doit sa force, voire son existence, au fait que l'on ne cherche pas à comprendre les sources de son autorité. La logique du droit peut expliquer sa structure interne mais ne doit pas servir à l'étude de ses fondements.

---

35. Jean-Guy Belley, «La pratique professionnelle du droit comme prudence politique» dans Claude Nélisse, dir., *L'intervention : les savoirs en action*, Sherbrooke, GGC Éditions, 1997, à la p. 53.

36. Legendre, *supra* note 19 à la p. 104; Teubner, *supra* note 5 à la p. 764.

37. Legendre, *supra* note 19 aux pp. 123-124.

38. *Ibid.* à la p. 115.

39. *Ibid.* aux pp. 100-101.

40. Verge, *supra* note 17 aux pp. 895-896.

Il fallait donc doter le droit d'une logique qui a réponse à tout, une logique qui donne des réponses dont on est satisfait même sans en comprendre l'origine. Bref, une logique qui permet de chercher des réponses qui se trouvent forcément *dans* le droit et qui n'autorise pas le recours à d'autres modes de pensée que la pensée juridique. La logique juridique force donc à aborder le droit comme un système clos et autonome,<sup>41</sup> à l'abri des polémiques et des débats sociaux que traite la dialectique et loin de la recherche fondamentale dont se chargent les sciences. Cette logique rejette toute possibilité de critique. Elle procure au droit la possibilité de fonctionner dans un monde idéal,<sup>42</sup> sans la moindre nécessité de référer aux faits.

Et les juristes ont largement contribué à cette autonomie. Ils se sont résignés à ne travailler qu'à l'intérieur du système juridique. Ils ont isolé le droit,<sup>43</sup> revendiqué pour le droit un mode de pensée spécifique, totalement affranchi de la pesanteur sociale.<sup>44</sup> Ils vont aujourd'hui jusqu'à affirmer qu'ils sont les mieux placés pour évaluer le droit parce qu'ils sont les seuls à en connaître la dynamique interne.<sup>45</sup> Ils militent pour le maintien de leur monopole de dire le droit.<sup>46</sup> Ils cultivent, tant au plan linguistique qu'au plan intellectuel, un décalage entre eux et les justiciables.<sup>47</sup> Mais les juristes sont aujourd'hui victimes de cette fermeture du droit sur lui-même.

---

41. Bourdieu, *supra* note 11 à la p. 3.

42. Ce mot, qu'on cherchera en vain dans le dictionnaire français, est employé par Miaille, *supra* note 31 à la p. 207; il est apparemment utilisé par cet auteur pour marquer la distance entre le réel et le monde intellectuel où se complaît le droit. Voir d'ailleurs ses commentaires sur l'autonomie du droit par rapport aux faits à la p. 208.

43. Belley, *supra* note 9 à la p. 166.

44. Bourdieu, *supra* note 11 à la p. 3.

45. Antoine Jeammaud et Évelyne Serverin, «Évaluer le droit» (1992) Recueil Dalloz Sirey 263 à la p. 268.

46. Legendre, *supra* note 19 aux pp. 99 à 101; Bourdieu, *supra* note 11 à la p. 9.

47. Bourdieu, *supra* note 11 à la p. 9; Miaille, *supra* note 31 à la p. 208; Belley, *supra* note 35 aux pp. 52 et ss.

### 3. Une logique à changer pour un droit qui change

Le droit de la modernité n'a pas su conserver l'espace laissé vacant entre le politique et le scientifique. Il a fait l'erreur de ne pas choisir son camp entre ces deux ordres de pouvoir. Il a cherché à nier son rôle politique d'une part et s'est contenté d'une logique formelle qui l'a coupé de la réalité d'autre part. Aujourd'hui, le droit perd à la fois ses masques d'autorité et de scientificité. De toute façon, les facteurs qui avaient permis au droit d'obtenir une place privilégiée dans la modernité ne prévalent plus. Celui qui aujourd'hui, observe le droit d'un point de vue externe modéré<sup>48</sup> «ne peut pas ne pas noter un certain nombre de faits qui viennent perturber l'ordre juridique auquel les juristes ont été préparés de par leur formation».<sup>49</sup> Le caractère normatif de la logique du droit ne vaut plus puisqu'il est de plus en plus manifeste que l'autorité réside aussi ailleurs que dans l'État et qu'il est de moins en moins sûr que le droit protège une source de pouvoir qui soit vraiment efficace. Quant au caractère scientifique de la logique du droit, il a perdu son sens. Il est devenu patent pour les praticiens et pour les justiciables que le positivisme des juristes n'a que des liens trop ténus avec le réel et le concret de la vie sociale. Le positivisme juridique est en difficulté.

L'équation régulation/émancipation a rejoint le droit et s'y est attaqué sur deux fronts. Elle l'a d'abord assiégé en limitant son champ d'étude, minant ainsi son autorité. Elle l'a ensuite attaqué de l'intérieur, investi à la manière des Grecs cachés dans le cheval de Troie, enlevant à la logique du droit beaucoup de sa pertinence et de ses possibilités d'application.

---

48. François Ost et Michel van de Kerchove, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit? » dans F. Chazel et J. Commaille, dir., *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, L.G.D.J., 1991, aux pp.72 à 75; comme le précisent ces auteurs en page 75, un point de vue est externe en ce qu'il est objectivant et peut mener à une théorie explicative de nature scientifique. Il est modéré en ce que son objet d'étude est défini selon le sens donné «à l'interne » par les agents juridiques.

49. Arnaud, *supra* note 1 à la p. 153.

### 3.1 La perte de l'autorité

Les sciences sociales et économiques, portées par l'idée qu'une meilleure rationalisation de la société allait de pair avec l'amélioration du niveau de vie et le progrès social, ont étendu leur champ d'étude jusque dans des compétences auparavant dévolues au droit. C'est une expertise de plus en plus scientifique, technique, sociale ou économique et de moins en moins juridique qui est recherchée pour la conception des normes.

Les juristes qui ne sont rompus qu'à une logique propre à leur système sont de moins en moins appelés à construire le droit. Ils deviennent des techniciens de la rédaction des normes et de la procédure du règlement des différends. La seule connaissance d'une logique interne au droit amène aujourd'hui les juristes à n'être que des spécialistes des tracés à suivre à l'intérieur du système de normes.<sup>50</sup> Le droit s'est refermé sur lui-même, c'est vrai, mais il est maintenant terré dans des lieux plus exigus qu'on ne l'aurait cru.

L'attaque est d'autant plus dure que l'État, source apparente de l'autorité juridique et allié des juristes, ne bénéficie plus de sa position privilégiée d'unique régulateur pour renforcer le droit. La globalisation et ce qu'il est convenu d'appeler le retour de la société civile<sup>51</sup> contribuent autant que l'expansion des champs sociaux à mettre un terme au monopole de la légalité. Le droit se construit de plus en plus sans l'État. Les avancées technologiques, les flux transfrontaliers de capitaux, de marchandises ou d'information échappent à l'État.<sup>52</sup> Le droit se développe ces années-ci par l'adoption de normes sous l'égide d'organisations internationales ou du secteur privé, par le règlement de litiges selon des systèmes parallèles aux systèmes de tribunaux étatiques ou par l'établissement de véritables coutumes éminemment pragmatiques propres à certaines industries, communautés ou cultures.<sup>53</sup>

---

50. Legendre, *supra* note 19 à la p. 127.

51. Arnaud, *supra* note 1 à la p. 153; Arnaud, *supra* note 2 aux pp. 31 et ss.

52. Arnaud, *supra* note 2 à la p. 13.

53. Arnaud, *supra* note 1 aux pp. 154 à 160.

Le ciment de la pyramide de normes ne prend plus. Le législateur ne peut plus imposer le droit comme il le faisait auparavant,<sup>54</sup> il doit le négocier.<sup>55</sup> L'État n'étant plus l'ultime arbitre, la légalité est tombée de son piédestal. La souveraineté et l'autorité sont partagées.<sup>56</sup> Les juristes sont forcés d'admettre que d'autres qu'eux sont maintenant des exégètes autorisés du droit. En fait, l'ordre dogmatique n'est plus. Les juristes ne sont plus des agents de l'État pouvant parler de haut.<sup>57</sup> Ils doivent parler de droit d'égal à d'égal avec les non-juristes.

### 3.2 Le besoin d'une nouvelle scientificité

La recherche d'émancipation n'a pas que changé la place du droit. Elle s'en prend aussi à la nature même du droit. On cherche aujourd'hui à comprendre le droit, à le critiquer. Avec l'agonie du positivisme normativiste et de l'idée d'universalisme qui le sous-tend, on est à la recherche d'un nouveau sens commun.<sup>58</sup> On veut définitivement sortir le droit de son monde idéal pour en faire une discipline qui, à l'instar des sciences, devrait trouver sa validité dans le réel. On veut un droit pragmatique, concret. Poussant un cran plus loin l'équation de la modernité, on cherche à faire procéder le droit de l'intérêt émancipatoire de la science.<sup>59</sup> On inaugure une réelle science du droit.

Les juristes se retrouvent bien dépourvus devant ce nouveau droit qui est à la fois négocié et objet de science. Les juristes n'ont plus le choix. C'est la logique dialectique dont parle Miaille et que les juristes connaissent mal qui s'impose à l'étude et même à la pratique du droit. Si le positivisme juridique n'est pas encore tout à fait mort, il ne sera en tout cas plus jamais le même. Seuls les juristes qui auront su faire des ponts vers d'autres champs sociaux survivront à cette évolution ou à ce début de révolution que subit le droit.

---

54. Andrée Lajoie, *Jugements de valeur : le discours judiciaire et le droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, aux pp. 209 et 210; Lajoie note à juste titre qu'au Canada, la Cour suprême joue le rôle du protecteur des intérêts de la majorité que ne peut plus jouer le Parlement.

55. Arnaud, *supra* note 1 à la p. 158; Arnaud, *supra* note 2 à la p. 34.

56. Teubner, *supra* note 4 aux pp. 768 à 771; Arnaud, *supra* note 2 à la p. 14.

57. Belley, *supra* note 35 à la p. 58.

58. Voir la monographie de de Sousa Santos, *supra* note 4.

59. De Sousa Santos, *supra* note 4 à la p. 573; Ost et de Kerchove, *supra* note 48 à la p. 68.



Déjà, quelques auteurs américains spécialisés en droit international économique nous montrent bien que l'étude du droit trouve une force, une application et une pertinence nouvelles lorsqu'elle est faite avec la logique dialectique de l'économie ou des sciences politiques, voire lorsqu'elle est confrontée à la logique des sciences dites exactes.<sup>60</sup> D'autres auteurs comme Andrée Lajoie,<sup>61</sup> qui a décelé dans les principes d'interprétation juridique l'activisme politique de la Cour suprême du Canada; Meir Dan-Cohen,<sup>62</sup> qui a jeté les bases d'une nouvelle conception juridique des organisations à partir de données sociologiques et économiques et Marie-Claude Prémont,<sup>63</sup> qui a observé le langage juridique d'un œil de linguiste, nous montrent aussi la voie de l'avenir. Comme d'autres encore trop peu nombreux, ils et elles ont compris que si les juristes veulent encore contribuer à construire le droit, ils doivent se munir non plus d'un outil formel mais d'outils concrets car il s'agit maintenant d'élever autre chose qu'une pyramide «idéelle» de normes.

### **Conclusion : La fin du royaume des juristes**

On est le 19 janvier 1793. Aujourd'hui, après un mois de débats sur le sort à réserver à Louis XVI, Saint-Just a finalement convaincu l'Assemblée qu'«un roi doit régner ou mourir». Le roi sera guillotiné dans deux jours. Évidemment, la Révolution n'est pas terminée mais elle semble déjà avoir atteint une sorte de point de non-retour. Le peuple semble avoir suivi la bourgeoisie dans ses idées de progrès social. Depuis trois ans, «les Hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune». Bien avant le roi, des centaines

---

60. David Wirth, *The Role of Science in the Uruguay Round and NAFTA Trade Disciplines*, Nairobi, United Nations Environment Program, 1994; James Buchanan, «Between advocacy and responsibility : The Challenge of Biotechnology for International Law» (1994) 1 Buffalo Journal of International Law 221; Vern R. Walker, «Keeping the WTO from becoming the World Trans-Science Organization : Scientific Uncertainty, Science Policy, and Factfinding in the Growth Hormones Dispute» (1998) 31 Cornell International Law Journal 251.

61. *Supra* note 54.

62. Meir Dan-Cohen, *Rights, Persons and Organizations. A Legal Theory for Bureaucratic Society*, Berkeley, University of California Press, 1986.

63. Marie-Claude Prémont, *Le langage du droit*, thèse de doctorat en droit, Université Laval, janvier 1996 [non publiée].

de nobles ont déjà été guillotins. Seuls ceux qui se sont montrés fidèles à la Révolution et ceux qui ont un métier ont été épargnés. Les lois ne viennent plus d'en haut mais sont débattues par les députés.

Quelle que soit l'issue de la Révolution, on sait d'ores et déjà qu'après-demain on entendra scander dans tout Paris : «Le Roi est mort, vive la République».

L'État de droit n'est pas mort mais il est apparemment en sursis. La globalisation et le retour de la société civile en auront probablement raison. Les juristes ne peuvent plus compter sur un État affaibli. Leur salut passe par une logique dialectique et concrète. Sur le strict plan de la logique du droit, il y a en tout cas plus qu'une révolte, il s'agit d'une révolution.

Où que nous mène la globalisation et quelque soit la forme que prenne l'État dans l'avenir, on sait en tout cas qu'on est à la veille d'entendre : «Le droit est mort, vive la science».

**RDUS**

**Revue de DROIT**  
**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** « INITIATION À L'ÉTHIQUE SOCIALE »

**Auteur(s) :** Claude FERRON

**Revue :** *RDUS*, 1999-2000, volume 30, numéro 1

**Pages :** **225-231**

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/12358>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## **«INITIATION À L'ÉTHIQUE SOCIALE»\***

par Claude FERRON\*\*

La vogue contemporaine de l'éthique manifestée par la prolifération des codes d'éthique ou de déontologie se veut un frein aux visions laxistes et permissives qui prévalent dans la société, sous la réclame d'une plus grande ouverture aux diverses idéologies véhiculées de toute part. La prolifération de ces codes répond autant à des impératifs organisationnels et professionnels qu'à un besoin de contrôle social visant à encadrer des comportements individuels et collectifs divergents.

La notion d'éthique véhiculée par l'auteur dans cet ouvrage est cependant loin d'être limitée à des codes ou autres textes de nature juridique. Elle tend plutôt à suggérer une prise en charge par la société civile du pouvoir moral issu de l'héritage judéo-chrétien et de la tradition éthique chrétienne, afin d'être en mesure de bâtir une société meilleure et plus juste.

Poursuivant une visée éducative, cet ouvrage s'adresse d'abord, de façon spécifique, aux étudiants et étudiantes de niveau universitaire ou préuniversitaire, quel que soit leur champ d'études. Il s'agit d'un traité de base présentant la synthèse de certaines problématiques économiques et sociales sous l'angle éthique. Il intéressera aussi quiconque est désireux d'approfondir ou de consolider sa conscience sociale et sa volonté d'engagement ou de développer un sens critique face aux pouvoirs publics.

L'ouvrage est divisé en quatre parties portant les titres suivants : Assises du projet social, Idéologies, Dossiers, Pratiques sociales. Chacune de ces parties est articulée en chapitres numérotés consécutivement de 1 à 25. Ces chapitres portent eux-mêmes un titre et leurs paragraphes font l'objet d'une numérotation en décimales. Ce plan didactique est complété à la fin par des exercices de

---

\*. Louis O'Neill, *Initiation à l'éthique sociale*, Saint-Laurent, Québec, Éditions Fides, 1998, 482 p.

\*\*, Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval.

vérification des connaissances qui demandent, entre autres, de comparer les termes *morale* et *éthique*, de définir les principes de *subsidiarité* et de *solidarité*, de démontrer que la *propriété privée* est un instrument de libération et de liberté, de distinguer *libéralisme économique* et *capitalisme*, de mettre en lumière l'efficacité de la *non violence*, de commenter les *racines chrétiennes de la démocratie* selon Jacques Maritain ou l'énoncé du pape Paul VI selon lequel «La paix et le droit sont mutuellement cause et effet l'un de l'autre : la paix favorise le droit et, à son tour, le droit favorise la paix.» Une ample bibliographie d'une dizaine de pages termine l'ouvrage.

Dans la première partie de ce traité, le juriste sera particulièrement intéressé par les réflexions portant sur l'éthique et la déontologie puisque le droit ne parvient pas toujours à faire une nette dissociation entre ces notions,<sup>1</sup> préférant souvent les regrouper en paradigmes avec la philosophie, la morale et la justice naturelle. Plus encore, il arrive que l'éthique et le droit soient confondus comme moyen de baliser le développement technologique et le changement social.<sup>2</sup> À l'opposé, un éminent professeur et chercheur contemporain a écrit que «le droit est le plus grand concurrent de l'éthique».<sup>3</sup>

- 
1. À cet égard, notons que la langue anglaise n'a qu'un seul mot pour désigner ces deux concepts : *ethics*. Ceci peut expliquer qu'un juriste emploie un terme pour le titre de son texte et l'autre dans le corps même de celui-ci : René Laperrière, «L'éthique et la responsabilité professionnelle des juristes en matière de compétence » (1995) 33 Alta. L. Rev. 882; Le titre même d'un règlement faisant partie de la législation déléguée peut aussi inclure ces deux concepts : *Règlement sur l'éthique et la déontologie des administrateurs publics*, D. 824-98, 17 juin 1998, 130 G.O.Q. 1998.II 3474; Sur le sens de ces termes, y a-t-il un débat ouvert ou est-ce une simple question de mots? À ce sujet, voir Pierre Gaudette, «Éthique, morale, déontologie : une question de mots?» dans *Cahiers de recherche éthique 13 – L'Éthique professionnelle, Réalités du présent et perspectives d'avenir au Québec*, Saint-Laurent, Québec, Éditions Fides, 1989, p. 23, Pierre Fortin, «L'éthique et la déontologie : un débat ouvert» dans *Cahiers de recherche éthique 13 – L'Éthique professionnelle, Réalités du présent et perspectives d'avenir au Québec*, Saint-Laurent, Québec, Éditions Fides, 1989, p. 65, et Georges A. Legault, *Professionnalisme et délibération éthique*, Sainte-Foy, Québec, Presses de l'Université du Québec, 1999, p. 42 à 49.
  2. Guy Bourgeault, «L'éthique et le droit aujourd'hui : quand les fondations sont ébranlées...» (1993) 34 C. de D. 517.
  3. Guy Rocher, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 316.

Même si la frontière entre l'éthique et la déontologie est ténue<sup>4</sup> et que la distinction entre les deux est parfois perçue comme un débat purement sémantique, nous croyons, comme l'auteur, qu'il y a lieu de maintenir cette distinction, puisqu'il en va de l'intégrité même du droit positif qui seul peut être sanctionné par le pouvoir étatique.<sup>5</sup>

Pour bien camper sa position et tracer l'orientation de son ouvrage, l'auteur énonce, dès la première partie, que «Une éthique générale ne suffit pas pour étayer convenablement le projet moral de l'homme»,<sup>6</sup> d'où la nécessité de faire appel à l'éthique sociale en situations, pour promouvoir une qualité de vie fondée sur des valeurs semblables à celles cristallisées par des documents historiques comme la *Magna Carta* de 1215, la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948 et l'encyclique *Pacem in terris* de 1963. Sous le vocable des grandes chartes, il inclut aussi la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*<sup>7</sup> ainsi que la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>8</sup> dont il reproduit en annexes<sup>9</sup> les dispositions de droit substantif.

Un projet social valable serait inconcevable sans la contribution des travailleurs, agents et sujets de la vie économique. À cet égard, monsieur O'Neill souligne que la *Loi sur les normes du travail*<sup>10</sup> n'élimine pas tous les abus et que les atteintes à cette loi demeurent nombreuses. Bien qu'il n'entre pas dans le détail de ces situations, on peut certes penser au travail des enfants ou des adolescents ainsi qu'au congédiement arbitraire, sans cause juste et suffisante. Comme mesure de redressement, il propose une nouvelle charte du

- 
4. Carmen Lavallée, «À la frontière de l'éthique et du droit», (1993) 24 R.D.U.S. 1. David Lyons, *Ethics and the rule of law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1984, 229 p.
  5. Louis Lebel, «L'éthique et le droit dans l'administration de la justice (ou le juge fait-il la morale?)» dans *Cahiers de recherche éthique 16 – Vers de nouveaux rapports entre l'éthique et le droit*, Saint-Laurent, Québec, Éditions Fides, 1991, p. 160; Claude Ferron, «Secret professionnel et signalement de situations de compromission chez l'enfant : un dilemme à résoudre» (1995) 36 C. de D. 455.
  6. Louis O'Neill, *Initiation à l'éthique sociale*, Saint-Laurent, Québec, Éditions Fides, 1998, p. 25, par. 7.1.
  7. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.
  8. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.
  9. O'Neill, *supra* note 6 aux pp. 65 à 78 dans le chapitre sur les valeurs sociales.
  10. *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1.

travail dont les thèmes majeurs s'inspireraient de l'encyclique *Laborem exercens* publiée en septembre 1981.

Selon l'auteur, la défense du principe de la propriété privée, solidement enraciné dans les sociétés occidentales, s'articule autour des considérations suivantes : l'efficacité économique, l'usage rationnel des biens, la dignité et la sécurité des personnes, l'encouragement au travail, comme catalyseur de créativité, et comme instrument de libération et de liberté. En contrepartie, il rappelle que ce principe est à l'origine de droits conflictuels comme la propriété collective ou la question autochtone.

Même s'il est peu élaboré, le chapitre portant sur la famille esquisse les paramètres essentiels de cette institution en tant qu'assise de la vie sociale et unité économique de base. Il comprend, en annexe, la *Charte des droits de la famille* publiée par le Saint-Siège en 1983.

Les trois derniers chapitres de la première partie abordent successivement les points suivants : le rôle des corps intermédiaires comme les syndicats, les associations patronales, les médias et les groupes populaires; le levier politique représenté par l'État libéral et l'État providence;<sup>11</sup> l'importance de la communauté internationale comme autorité mondiale. Certaines de ces questions fort importantes font l'objet d'intéressants développements dans le dossier sur la participation démocratique de la troisième partie de l'ouvrage.

La seconde partie de ce traité, qui porte sur les idéologies, amène le lecteur à réfléchir sur les modèles de développement suivants d'éthique sociale : libéralisme et capitalisme, les courants socialistes, le marxisme comme projet révolutionnaire, la social-démocratie et la troisième voie. Le titre sibyllin de ce dernier chapitre témoigne de la recherche d'une position médiane face aux problématiques sociopolitiques et économiques, que l'auteur a découvert dans la pensée sociale chrétienne qu'on désigne parfois sous le nom de *Doctrine*

---

11. Sur cette question, mentionnons l'ouvrage suivant cité dans la bibliographie : André Morazain et Salvatore Pucella, *Éthique et politique*, Montréal, Éditions du renouveau pédagogique, 1988, particulièrement la troisième partie intitulée «Éthique et idéologies politiques», aux pp. 83 à 116.



*sociale de l'Église*,<sup>12</sup> fondée sur la foi et la fraternité humaine. Cette pensée et même cette expertise qui s'est développée et a évolué d'un siècle à l'autre a notamment donné naissance, rappelle monsieur O'Neill, aux règles sur les droits des pauvres, à la condamnation de l'usure, au droit du travailleur à un juste salaire et à la dénonciation des abus de pouvoir. Mais il s'agit d'une troisième voie «qui se distingue de la Doctrine sociale officielle et qui incarne, au sein de l'espace économique, social et politique, la pensée et les pratiques sociales chrétiennes dans le monde de ce temps».<sup>13</sup> Par ces propos, l'auteur laisse donc voir l'état de stagnation de cette doctrine officielle qu'il cherche à actualiser en lui donnant une nouvelle impulsion touchant aux rapports d'équilibre entre l'État et les individus.

La troisième partie de l'ouvrage, intitulée *Dossiers*, comprend sept chapitres qui se déploient en autant de thèmes de réflexion propices à des discussions sous forme de séminaires.

Dans le premier chapitre de cette partie, l'auteur reprend un sujet dont il a traité dans la première partie et qu'il considère comme une composante essentielle de l'éthique sociale : le travail. Dans un univers bousculé par la cybernétique et le progrès technologique, il propose de gérer le virage en cours en proclamant d'abord le droit au travail plutôt que l'accès à l'emploi, puis en discutant de la réduction de la semaine de travail, du partage du travail, du bénévolat comme facteur d'économie sociale et de l'intégration sociale par le travail.

Parmi les autres sujets abordés dans cette partie, notons le chapitre sur la pauvreté et l'exclusion sociale où l'auteur ne s'embarrasse pas des euphémismes à la mode comme «les économiquement faibles», «les démunis» ou «les moins nantis», pour définir qui est pauvre et traiter de l'appauvrissement structurel. Le dossier sur le prêt à intérêt et l'usure donne une profondeur de vue à un vieux débat qui remonte à Aristote et que le droit a tenté d'adapter aux nouvelles réalités en édictant un taux d'intérêt légal. Pourtant, comme le

---

12. Mentionnons à cet égard l'ouvrage suivant cité dans la bibliographie : Marie-Dominique Chenu, *La «doctrine sociale» de l'Église comme idéologie*, Paris, Éditions du Cerf, 1979, 102 p.

13. O'Neill, *supra* note 6 à la p. 332, par. 3.7.

souligne monsieur O'Neill dans la conclusion de ce chapitre : «Les réalités ont changé, les problématiques également, le problème éthique demeure, en plus grave et à l'échelle du monde.»<sup>14</sup>

Un phénomène des plus préoccupants dans la société actuelle et que le système juridique a du mal à contenir est bien celui de la violence sous ses multiples facettes. Dans le dossier libellé de ce titre, après avoir distingué violence physique et violence morale, l'auteur laisse voir qu'elle procède d'un instinct de domination, que sa manifestation prenne la forme d'un micro-phénomène ou d'un macro-phénomène. Parmi les facteurs préventifs de la violence, il cite la primauté du droit, la liberté d'expression, le respect des droits de la personne, le droit à la dissidence.

Dans le dossier sur la participation démocratique, il y a lieu de souligner l'importance qu'accorde l'auteur au rôle des groupes ou institutions qui font contrepoids aux pouvoirs politique et financier, dont les syndicats de travailleurs, les associations patronales, les médias et les universités. Quant à ces dernières, leur contribution à la fonction d'équilibre démocratique dans la société est plutôt négligeable, selon une perception qu'il exprime de la façon suivante :

«L'université est, dit-on, un lieu de haut savoir, mais elle est aussi une entreprise qui a un urgent besoin de ressources financières, publiques ou privées. D'où la tentation d'y aller plutôt mollement dans le domaine de la critique sociale et dans les prises de position qui vont à contre-courant du discours dominant.»<sup>15</sup>

Alors que l'éthique individuelle vise les rapports moraux des individus entre eux, l'éthique sociale cherche à surpasser l'intérêt individuel pour atteindre l'intérêt collectif. C'est dans la quatrième partie de l'ouvrage que la fonction sociale de l'éthique interpelle le plus le lecteur par une synthèse des paramètres de l'engagement social et du vouloir éthique. Cette partie intitulée *Pratiques sociales* est à l'image de la personnalité même de l'auteur qui est docteur en

---

14. O'Neill, *supra* note 6 à la p. 389.

15. O'Neill, *supra* note 6 à la p. 426, par. 5.5.

théologie et professeur d'université.<sup>16</sup> Parsemé de nombreuses citations tirées de l'Évangile et des encycliques, l'appel au dynamisme spirituel et à l'humanisme social que lance l'auteur vise à donner un sens et une orientation à la vie quotidienne trop souvent envahie par le désarroi.

De la présente analyse, il ne faudrait pas conclure que cet ouvrage colossal n'est que pure idéologie dénuée de toute connotation concrète. La richesse de son contenu et sa pertinence sociale tiennent beaucoup aux nombreuses illustrations historiques et contemporaines dont l'auteur émaille ses propos. C'est de cette façon qu'il a su mettre à la portée du lecteur ses qualités de penseur et de grand humaniste.

Comme l'affirmait un professeur cité précédemment,<sup>17</sup> il est sûrement vrai que le droit est le plus grand concurrent de l'éthique, surtout dans le champ et le syntagme de l'éthique sociale. Pour s'en convaincre, il suffit de retourner aux propos suivants écrits en 1748 par Montesquieu :

«S'il y avait dans le monde une nation qui eût une humeur sociable, une ouverture de cœur, une joie dans la vie, un goût, une facilité à communiquer ses pensées ; qui fût vive, agréable, enjouée, quelquefois imprudente, souvent indiscrete ; et qui eût avec cela du courage, de la générosité, de la franchise, un certain point d'honneur, il ne faudrait point chercher à gêner par des lois ses manières, pour ne point gêner ses vertus. Si en général le caractère est bon, qu'importe de quelques défauts qui s'y trouvent?»<sup>18</sup>

---

16. Louis O'Neill fut aussi homme politique. Défait en 1973 lors d'une élection générale où il fut candidat contre le premier ministre en poste Robert Bourassa dans une circonscription du Plateau Mont-Royal, il était élu en 1976 dans la région de Québec avec l'équipe du premier ministre René Lévesque et devint ministre de la Culture et des Communications. Après avoir complété un seul mandat, il décida de retourner à l'Université Laval dont il est professeur émérite de la Faculté de théologie et sciences religieuses depuis 1999.

17. Rocher, *supra* note 3.

18. Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, t. 1, Édition établie par Laurent Versini, Paris, Éditions Gallimard, 1995, p. 568.